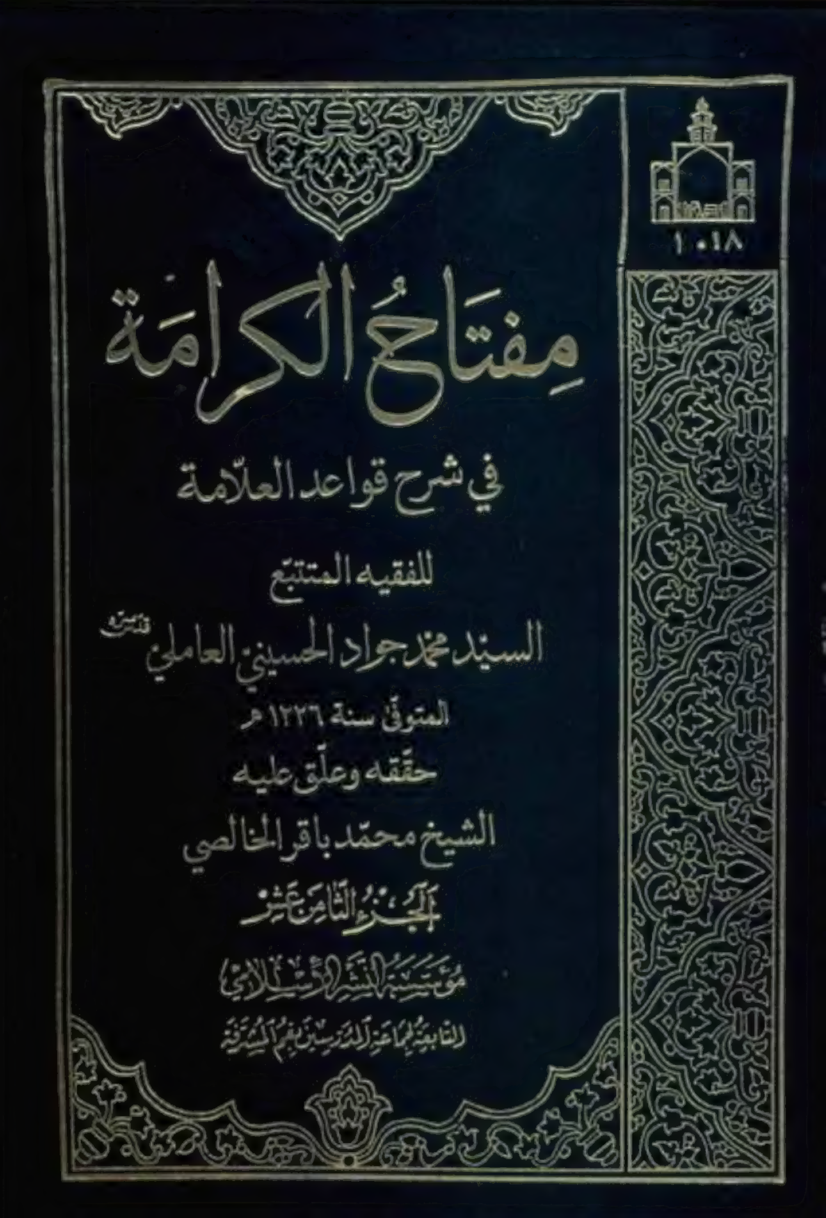

١٠١٨
مِفتاح الكرامة
في شرح قواعد العلّامة
للفقيه المتتبع
السيد محمد جواد الحسيني العاملي قدس سره
المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ
حقّقه وعلّق عليه
الشيخ محمد باقر الخالصي
الجزء الثامن عشر
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



مفتاح الكرامة

في شرح قواعد العلّامة

للفقيه المتتبّع

السيد محمد جواد الحسيني العاملي

المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ

حقّقه وعلّق عليه

الشيخ محمد باقر الخالصي

الجزء الثامن عشر

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

حسيني عاملي، محمّدجواد بن محمّد، ١١٦٠ـ١٢٢٦ ق.
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلّامة [حسن بن يوسف الحلّي] / تأليف محمّدجواد الحسيني العاملي، حقّقه وعلّق عليه الشيخ محمّدباقر الخالصي. ـ ـ مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة. ١٤١٩ ق. = ١٣٧٧ ش.
ج ١٨ ـ ـ (مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة، ١٠١٨).
شابك دوره ٧ـ ٠٦٢ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤
ISBN 964 - 470 - 062 - 7
عربي.
فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيپا.
ج ١٨ (چاپ اوّل: ١٤٢٨ ق = ١٣٨٦ ش)
كتابنامه:
١. علّامه حلّي، حسن بن يوسف، ٦٤٨ـ٧٢٦ ق. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ـ ـ نقد و تفسير. ٢. فقه جعفري ـ ـ قرن ٨ ق. الف. علّامه حلّي، حسن بن يوسف، ٦٤٨ ـ ٧٢٦ ق، قواعد الأحكـام فـي مـعرفة الحلال والحرام، شرح. ب. خالصي، محمّدباقر، ١٣٢١ ـ، محقّق. ج. جامعهٔ مدرّسين حوزهٔ علميهٔ قم، دفتر انتشارات اسلامي. د. عنوان. هـ. عنوان: قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. شرح.
BP ١٨٢ / ٣ / ٨ ع ٨ ق ٩٠٢١٣ ٢٩٧ / ٣٤٢
١٣٧٧
كتابخانهٔ ملّى ايران ٧٨ـ١٨١٥٣ م

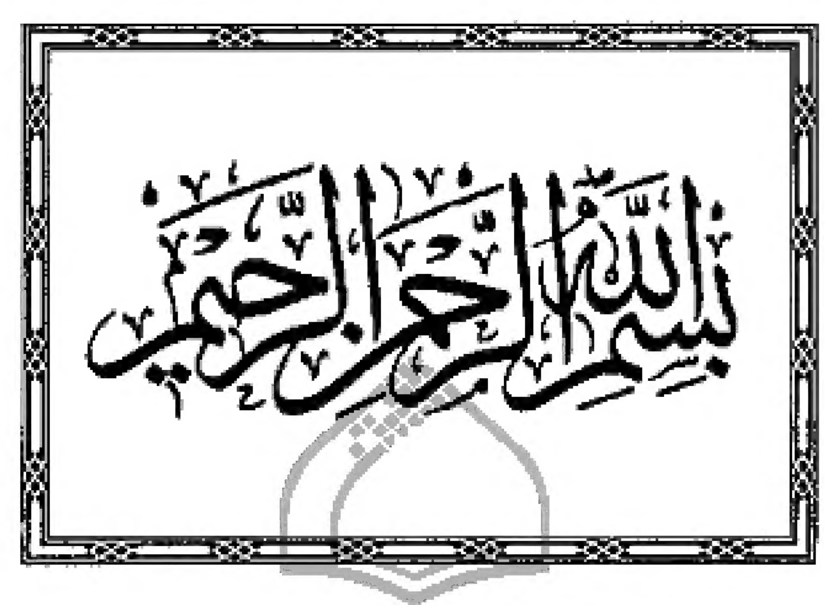


مفتاح الكرامة

(ج ١٨)

■ تأليف: الفقيه المتتبّع السيّد محمّد جواد العاملي ☐
■ الموضوع: الفقه ☐
■ تحقيق: الشيخ محمّد باقر الخالصي ☐
■ طبع ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي ☐
■ عدد الصفحات: ٨١٦ ☐
■ الطبعة: الأُولى ☐
■ المطبوع: ٥٠٠ نسخة ☐
■ التاريخ: ١٤٢٨ هـ. ق. ☐
■ شابك ج ١٨: ٩٧٨ـ٩٦٤ـ٤٧٠ـ٦٥٨ـ٥ ☐
ISBN 978 - 964 - 470 - 658 - 5

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة


بسم الله الرحمن الرحیم


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



بقية

كتاب الأمانات وتوابعها


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الغصب وتوابعه

«كتاب الغصب وتوابعه»

[في تعريف الغصب]

قال في «المسالك»: الغصب لغةً أخذ الشيء ظلماً، وقيل: ظلماً جهاراً[1]. قلت: ما زيد في «القاموس[2]» وغيره[3] على أنّه أخذ الشيء ظلماً، نعم أخذه جهاراً معنى عرفي[4]. وقال ابن الأثير: قد تكرّر ذكر الغصب في الحديث، وهو أخذ مال الغير

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٤٥.
(٢) القاموس المحيط: ج ١ ص ١١١ مادّة «غصبه».
(٣) الصحاح: ج ١ ص ١٩٤ مادّة «غصب».
(٤) هذا القيد في تعريف الغصب ممّا لابدّ منه، فإنّه لاشكّ أنّ الأحوال والعوارض المختلفة للمكلّف هي الّتي تغيّر موضوعات الأحكام ومتعلّقاتها، وممّا يغيّر الموضوع والمتعلّق هو الجهر والإخفات في العمل العبادي وغير العبادي، فالإنفاق السرّي يلازم القربة كما أنّ الإنفاق الجهري الظاهري يلازم الرياء والسمعة في أغلب الموارد، وأن قراءة القرآن جهراً في الجماعة النائمة تلازم الإيذاء والمزاحمة وأمّا سرّاً وخفيّاً فلم يلازم ذلك في أغلب مواردها. وفي المقام أخذ مال الغير جهاراً وعلى رؤوس الأشهاد يلازم الاستيلاء والقوّة الّذي هو فعل الغاصب، وأمّا أخذه بمجرّد القدرة والقوّة أمر يمكن صدوره من السارق الصبيّ أو الناهب الضعيف غير المتسلّط المستولي الّذي يأخذ المال خفيةً وسرّاً بوروده عليه فجأةً أو تهديداً ظاهرياً خالياً في الواقع عن القدرة والقوة، ولا شكّ أن لكلٍّ من هذين الأمرين أحكام تخصّه في الفقه. وأما ما سيشير إليه الشارح ويحكيه عن بعض الأعلام من أنّ السرقة نوع من الغصب، ومن أنّ الفقهاء يطلقون الغصب على المضمونات إمّا بالإتلاف مباشرةً أو تسبيباً ←

ظلماً وعدواناً[١]. وبذلك فسّر في «الكتاب» فيما يأتي[٢] و«الشرائع[٣] والنافع[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] والتنقيح[٨]» غير أنّه بدّل «الأخذ» فيها بـ«الاستقلال». ونسبه في «المسالك[٩]» إلى الأكثر. ووسمه في «التذكرة[١٠]» مع تعاريف أُخر تأتي بأنّه المشهور.

وفي«التحرير[١١] والإيضاح[١٢]» أنّه الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ. وقد وسمه في «التذكرة[١٣]» بأنّه مشهور أيضاً. وقال في «الإيضاح[١٤]»: للأصحاب فيه عبارتان، وعبّر عن العبارتين بهذين التعريفين، وظاهره أنّه لا ثالث لهما.

← أو بالقبض بالبيع الفاسد، وعلى نحو ذلك ممّا ذكر في النافع فالظاهر أنّه إنّما يطلق على ما ذكر من جهة الاشتراك المعنوي أو اللغوي لا من جهة الاصطلاح الفقهي أو الشرعي، وذلك لأنّ من المتّفق عليه بين الفريقين حرمة الغصب تكليفاً بالكتاب والسنّة والعقل، مع أنّ الموارد المذكورة يتعلق بها مجرّد الحكم الوضعي ولا حرمة لها تكليفاً. هذا، وسيأتي من الشارح ذكر أخبار كثيرة تدلّ على ذِكر خصوص عنوان الغصب يدلّ على تشخّص الغصب من بين عوامل الضمان من غير ارتباط بسائر عوامله، فانتظر. وسيأتي أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال وأشدها ولا شكّ أنّ كثيراً من الموارد الثابتة فيه الضمان لايجب بل لايجوز أن يؤخذ الضامن بالأشدّ والأشقّ، فلا تغفل.

(١) النهاية (لابن الأثير): ج ٣ ص ٣٧٠ مادّة «غصب».

(٢) سيأتي في ص ٢٠.

(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.

(٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.

(٥) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٦) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.

(٨) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٤.

(٩) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٤٨.

(١٠ و١٣) تذكرة الفقهاء: في ماهية الغصب ج ٢ ص ٣٧٣ س ٣٥ ـ ٤٠.

(١١) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥١٩.

(١٢ و١٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٦.

وخرج بالاستقلال ما لا إثبات فيه أصلاً كمنعه من ماله حتّى تلف، وما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الّذي هو لابسه. وخرج بالمال الحرّ، وخرج بمال الغير ما لو استقلّ بوضع يده على مال نفسه كالمرهون في يد المرتهن، وبالعدوان إثبات المرتهن والولي والوكيل والمستأجر والمستعير أيديهم على مال الراهن والمولّى عليه والموكّل والموجر.

قيل[1]: وينتقض في عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعداً في غصب بحيث لم يستقلّ كلّ منهما باليد، فلو أبدل الاستقلال بالاستيلاء لشمله لصدق الاستيلاء مع المشاركة. وفيه: أنّه لعلّ المراد بالاستقلال عدم مشاركة المالك والمتصرّف بالحقّ.

قيل[2]: وينتقض بالاستقلال بإثبات اليد على حقّ الغير كالتحجير وحقّ المسجد والرباط ممّا لا يعدّ مالاً. وقد يجاب[3] بأنّه ليس المراد بالمال هو عين مال المغصوب منه بل ما هو أعمّ، أو يقال: إنّا نشكّ في كونه غصباً فإنّه يعتبر في الغصب جواز الرجوع والاسترداد مع بقاء المغصوب والضمان مع تلفه، وذلك غير متحقّق فيما نحن فيه، أمّا المسجد والمدرسة والرباط فظاهر مع عدم بقاء رحله، وأمّا في التحجير فبعد إحياء الثاني يشكل الرجوع.

وقال[4] المعترض: فلو أبدل المال بالحقّ لشمل ذلك وأبدل العدوان بغير حقّ في التعريف الثاني ليتناول مَن ترتّبت يده على يد الغاصب جاهلاً ومَن سكن دار غيره غلطاً أو لبس ثوبه خطأً. وردّ بأنّ هؤلاء ضامنون وليسوا غاصبين، لأنّ

(١ و٢) القائل هو السيّد عليّ في رياض المسائل: في تعريف الغصب ج ١٢ ص ٢٥٤.
(٣) المجيب هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٣.
(٤) القائل هو السيّد عليّ في رياض المسائل: في تعريف الغصب ج ١٢ ص ٢٥٤.

الغصب حرام كتاباً وسنّةً وإجماعاً وعقلاً فلا يتناول غير العالم وإن شاركه في بعض الأحكام[١]. ولعلّ التعدّي والتفريط في الأمانات يدخل تحت الغصب والظلم.

وممّا ذكر يعرف الحال في التعاريف الباقية. ففي «التبصرة[٢] والروضة[٣] ومجمع البرهان[٤] والرياض[٥]» أنّه الاستيلاء على حقّ الغير عدواناً. وفي «الكفاية[٦] والمفاتيح[٧]» أنّه الاستيلاء على حقّ الغير بغير حقّ. وفي «الوسيلة» أنّه الاحتواء على مال الغير بغير تراضٍ[٨]. ومثله ما حكاه في «التذكرة[٩]» وقال: إنّه المشهور أيضاً، وهو الاستيلاء على مال الغير.

وقال في «التنقيح[١٠]»: إنّ الفقهاء يطلقون الغصب على ما ذكر في النافع[١١] وعلى ما يشبهه من المضمونات إمّا بالإتلاف مباشرةً أو تسبيباً وإمّا بالقبض بالبيع الفاسد. ونحوه قول بعض الشافعية[١٢]: إنّ كلّ مضمون على ممسكه مغصوب. وفي «المسالك» أنّ الأظهر إطلاقه على ما يقتضي

---

(١) الرادّ هو الشهيد الثاني في الروضة البهية: في تعريف الغصب ج ٧ ص ١٧ ـ ١٨.

(٢) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.

(٣) الروضة البهية: في تعريف الغصب ج ٧ ص ١٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في ماهية الغصب ج ١٠ ص ٤٩١ ـ ٤٩٢.

(٥) رياض المسائل: في تعريف الغصب ج ١٢ ص ٢٥٤.

(٦) كفاية الأحكام: في ما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٢.

(٧) مفاتيح الشرائع: فيما يتحقّق به الغصب والضمان ج ٣ ص ١٧٠.

(٨) الوسيلة: في الغصب ص ٢٧٦.

(٩) تذكرة الفقهاء: في ماهية الغصب ج ٢ ص ٣٧٣ س ٣٥ ـ ٤٠.

(١٠) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٥.

(١١) المراد بما في النافع هو قوله فيه بعد تعريفه له بالاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً، بأنّه لا يضمن لو منع المالك من إمساك الدابّة المرسلة، وكذا لو منعه من القعود على بساطه، ويصحّ غصب العقار كالمنقول ويضمن بالاستقلال به، راجع النافع: ص ٢٤٧.

(١٢) فتح العزيز (ضمن المجموع): في الغصب ج ١١ ص ٢٣٩ س ١٦.

الإثم وغيره، والأغلب الأوّل[1].

وقال في «مجمع البرهان»: قد رتّبوا على الغصب أحكاماً مخصوصة من الضمان على وجهٍ خاصّ وغيره، فهو قسم خاصّ من الأقسام الموجبة للضمان الخاصّ. ولهذا قالوا: إنّه حرام بالكتاب والسنّة والإجماع، وليس كلّ أسباب الضمان كذلك إلّا آية السرقة ونحوها ممّا يدلّ على تحريم الظلم، والأخبار كذلك من العامّة والخاصّة، مع أنّه ليس له موارد مخصوصة في الكتاب والسنّة إلّا قليلاً من السنّة. وليس له معنى شرعي منقول من الشارع، وهو ظاهر متّفق عليه، بل إنّما هو اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يكتفى فيه بما يُفهم من اللغة وما يثبت له من الأحكام اليقينية، لأنّ الأصل عدم النقل وعدم ثبوت حكمه إلّا ما ثبت بالإجماع والنصّ ممّا يفيد اليقين أو الظنّ المعتبر شرعاً. وقال: ولابدّ أن يعتبر في الاستقلال الاستيلاء والاستعلاء والتسلّط، إذ معلوم أنّ مطلق التصرّف ووضع اليد ولو كان بالاستقلال ليس باستيلاء. ويعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة، وقال: إنّه لا يسمّى السارق في الخفية ضعيفاً أنّه غاصب[2].

قلت: يأتي[3] له في غصب الدار ما يخالفه.

وقال: لا نتعب في تحقيق معناه، إذ هو غير وارد في الشرع بحيث يكون الحكم الواضح المقرّر متعلّقاً به، فمع تحقّقه يتحقّق ويتبيّن الأمر، بل لابدّ مع تحقيق معناه أن نتعب في استخراج حكمه، وذلك كافٍ.

---

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٤٩.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٢ ـ ٤٩٣.

(٣) ستأتي الإشارة إليه في ص ٣٥. وراجع مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٥٠٤.

فلا نحكم بثبوت حكمه إلّا فيما ثبت فيه ذلك الحكم بالدليل، فإن كان هناك دليل غير الغصب فلا نحتاج إلى تحقّق الغصب، وإن كان في موضع مجرّد كونه غصباً فيقتصر بما قدّمناه في تعريفه، فإن وجدناه صادقاً عليه تحقيقاً وعلمنا أنّ حكم الغصب بالدليل حكم الغصب حكمنا به فيه، وإلّا رجعنا إلى أصل عدم كونه غصباً وعدم زيادة في الغصب إلّا ما ثبت، فتأمّل [١]، انتهى.

قلت: كلامه كما ترى، وقد قال الصادق عليه السلام في خبر أبي ولّاد في شأن البغل الّذي استأجره حيث قال: فلي عليه علفه؟ قال: لا، لأنّك غاصب [٢]. وقال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا اغتصبت أمةً فافتضّت فعليه عشر قيمتها [٣]. وقال أيضاً عليه السلام: الحجر المغصوب في الدار رهنٌ على خرابها [٤]. وقال أبو الحسن عليه السلام في ذِكر ما يختصّ بالإمام: وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب، لأنّ الغصب كلّه مردود [٥]. وفي الخبر: مَن غرس أو زرع في أرضٍ مغصوبة فله الزرع والغرس وعليه الأُجرة لصاحب الأرض [٦]. وفي خبرين نبويّين أحدهما عامي: من غصب أرضاً ... الحديث [٧] وفي الخبر عن رجلٍ اغتصب امرأة فرجها ... الحديث [٨]. فيمكن أن يقال: إنّ أبا ولّاد ما كان ليفعل ذلك إلّا جاهلاً أو ذاهلاً، لأنّه حفص بن سالم الثقة الّذي لا بأس به، والحجر

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٤ ـ ٤٩٥.

(٢ و ٤ ـ ٦) وسائل الشيعة: ب ٧ و١ و٢ من أبواب الغصب ح ١ و٥ و٣ ج ١٧ ص ٣١٣ و٣٠٩ و٣١٠.

(٣) المصدر السابق: ب ٧ من أبواب النكاح المحرّم ح ٣ ج ١٤ ص ٢٣٩.

(٧) تلخيص الحبير: ج ٣ ص ١٢٦٩، مسند أحمد: ج ١ ص ١٨٨، وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الغصب ح ٢ ج ١٧ ص ٣١١.

(٨) الوسائل: ب ٨ من أبواب النكاح المحرّم ح ١ ج ١٤ ص ٢٤٢.

المغصوب في الدار من أفراده الظاهرة ما أُخذ سرقة وما أُخذ جهاراً قهراً. وكذلك الحال فيما في أيدي الملوك الكفّار، بل كثير ممّا في أيديهم ممّا أخذوه سياسةً بزعمهم أنّه حلال لهم، بل ولو كان حراماً في شرعهم.

وقد صرّح المصنّف في «التذكرة[1]» أنّ السرقة نوع من الغصب، واستدلّ على تحريم الغصب بقوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا﴾[2] فلاريب أنّها نوع من الغصب كما هو قضية الأخبار[3] وكلام الأصحاب[4] وكلام أهل اللغة[5]. فلا يجدي استنباط غيره من كلامهم في بعض المواضع، بل صرّح في «التذكرة[6] وجامع المقاصد[7]» وغيرهما[8] أنّ الغصب وحكمه يثبتان من دون عدوان، كما لو أودع ثوباً عند إنسان ثمّ جاء وأخذ ثوباً للمستودع على ظنّ أنّه ثوبه، أو لبسه المستودع على ظنّ أنّه ثوبه. وقال في الأخير: إنّ كلّ من لا حقّ له في إثبات اليد على الشيء عادٍ ظنّ خلاف ذلك أم لا[9]، إلّا أن يكون معنى العدوان فعل ما يعلم كونه ظلماً[10].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الغصب ج ٢ ص ٣٧٣ س ٤٢ ـ ٤٣.

(٢) المائدة: ٣٨.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الغصب ح ١ وب ٨ منها ح ١ وب ٩ منها ح ١ ج ١٧ ص ٣١٢ و٣١٤ و٣١٥.

(٤) منهم المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في ماهية الغصب ج ١٠ ص ٤٩٤، والعلّامة في التذكرة: في ماهية الغصب ج ٢ ص ٣٧٣ س ٣٦ ـ ٤٣.

(٥) كما في مجمع البحرين: ج ١ ص ١٣٢، والقاموس المحيط: ج ١ ص ١١١، الصحاح: ج ١ ص ١٩٤ جميعها في مادّة «غصب».

(٦) تذكرة الفقهاء: في ماهية الغصب ج ٢ ص ٣٧٣ س ٣٦.

(٧ و١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٨.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩١.

(٩) لايخفى أنّ اشتراكهما في بعض الآثار لا يدلّ على اتّحادهما في الحقيقة وإلّا لوجب ذكرهما في باب واحد، فافهم.

قلت: ويدخل في ذلك بناءً على ذلك ما لو خرج الإنسان من مزار أو دعوة* أو جامع فوجد نعالاً مختلطة فجعل يرفع منها بعضاً ويضع بعضاً ليعلم نعله كما نصّ عليه في «المهذّب البارع[1]» وقد سمعت[2] ما في «الإيضاح والتنقيح» فلا يبعد أن يقال: إنّه حقيقة شرعية في ذلك كلّه بحيث يشمل الغالط والغافل والجاهل كمن ترتّبت يده على يد الغاصب، والأخبار قد علمت أنّ بعضها ممّا يظهر منه ذلك كما سمعت ما في «التذكرة» وغيرها. ويشهد له خرط ذلك في باب الغصب والاستطراد لعلّه يستبعد، فيكون معيار الحقيقة الشرعية موجوداً فيه، ويكون الحرام منه ما أخذ قهراً أو سرقةً وغيره غيره، والأوّل هو المكلّف بأشقّ الأحوال، فيضمن العبد بقيمته وإن زادت عن دية الحرّ، ويكلّف فيما إذا تلف المثلي بالمثل وإن تضاعفت قيمته، ولم نجدهم كلّفوه بالأشقّ إلّا في مواضع قليلة كما ستعرف[3]، وأمّا الضمان في الغالط وما ذكرناه معه فممّا لا خلاف فيه، سواء كانت غصباً أو لم تكن، فليس لجعلها غصباً حكم زائد وليس كلّ غاصب آثماً مكلّفاً بأشقّ الأحوال، فليتأمّل في ذلك كلّه فللنظر فيه مجال واسع، لكن هذا أقصى ما يمكن أن يقال.

---

* ـ الدعوة بفتح الدال: مصدر دعا، وبضمّها: الطعام الّذي يُدعى إليه، وبكسرها: ادّعاء النسب (منه ﷺ).

---

(١) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٥.

(٢) تقدّم في ص ٨.

(٣) وسيأتي الموارد القليلة الّتي كلّفوه فيها بالاشق ومنها مسئلة أيدي المترتبة على الغصب في ص ٩٢ ـ ١١٢ ومنها مسئلة من فتح باب القفس فطار الطائر ومنها غيرها.

وفيه مقاصد:

الأوّل
في الغصب

وفيه مطلبان:

الأوّل: في الضمان

وأركانه ثلاثة:

الأوّل: الموجب

وهو ثلاثة:

الأوّل: التفويت بالمباشرة، وهو إيجاد علّة التلف كالقتل والأكل والإحراق.

الثاني: التسبيب، وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الإتلاف.

[في موجبات الضمان]

[الموجب الأوّل التفويت بالمباشرة والثاني التسبيب]

قوله: ﴿وفيه مقاصد، الأوّل: في الغصب[1]، وفيه مطلبان: الأوّل في الضمان، وأركانه ثلاثة، الأوّل: الموجب، وهو ثلاثة، الأوّل: التفويت بالمباشرة، وهو إيجاد علّة التلف كالقتل والأكل والإحراق. الثاني: التسبيب، وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب ممّا يقصد

---

(١) لايخفى ضعف ما في المتن حيث جعل المقسم وهو الغصب قسماً حيث قال: الأوّل الغصب. اللهم إلّا أن يراد بالأوّل المصدر وبالثاني اسمه ولكن الظاهر منهما وحدة المراد فلا تغفل.

لتوقّع تلك العلّة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الإتلاف﴾ المراد بالموجب الموجب الّذي هو أعمّ من الغصب كالرمي بالسهم فإنّه موجب للضمان، ولا يعدّ غصباً، لأنّ الأسباب الّتي جرت العادة بالبحث عنها في باب الغصب ثلاثة: التفويت بالمباشرة، والتفويت بالتسبيب، وإثبات اليد العادية وهو الغصب. وفي عبارة «الإرشاد[1]» وفي الثالث مسامحة، وعلى هذا اقتصر جماعة[2]، وبقيت أسباب اُخر تأتي[3] في أثناء الباب كالاستيام والاستعارة.

وقد عرّف المصنّف هنا والشهيد في «الدروس[4]» وغيرهما[5] المباشرة بأنّها إيجاد علّة التلف. قلت: لأنّ الّذي يضاف إليه التلف في العادة إضافة حقيقية يسمّى علّة والإتيان به مباشرة، وقد عرّف المصنّف العلّة في باب القصاص بأنّها ما يستند الفعل إليها[6]، وهما بمعنى من غير نظر إلى التلازم بين العلّة والمعلول كما يشهد به قطعهم[7] بوجوب القصاص فيما إذا ضربه بما لا يقتل غالباً إذا قصد القتل، فإنّه علّة مع عدم التلازم.

وقد عرّف التسبيب هنا بما سمعت، ومثله ما في «التحرير[8]» وهو يوافق كلامه في باب الديات كما ستسمع. ولعلّه احترز بقوله «إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة» عمّا إذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً فإنّه لا يعدّ سبباً. وأراد بقصده كون شأنه أن يحصل لا أن يقصد كما يتوهّم. وعرّف في

---

(١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

(٢) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥١٩، والمحقّق في شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٨.

(٣) ستأتي في ص ٩٧ ـ ٩٨.

(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٦.

(٦) قواعد الأحكام: في قصاص النفس ج ٣ ص ٥٨٩.

(٧) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في قصاص النفس ج ٤ ص ١٩٥، وابن حمزة في الوسيلة: في أقسام القتل ص ٤٢٩، والصيمري في غاية المرام: في قصاص النفس ج ٤ ص ٣٦٣.

(٨) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥١٩.

«الإرشاد[1] والدروس[2]» بأنّه إيجاد ملزوم العلّة. وقال في «غاية المراد»: التسبيب على ما فسّره الفقهاء إيجاد ملزوم العلّة قاصداً لتوقّع تلك العلّة[3] وظاهر الجمع أنّ التعريف من الجميع. وقال: ومنهم من يفسّره بأنّه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلّة غيره، وهو أعمّ من الأوّل لإمكان سبب آخر بدلاً منه[4]. ومعنى الأوّل أنّ الحافر للبئر في الطريق مثلاً أوجد الملزوم الّذي هو الحفر قاصداً لتوقّع الوقوع الّذي هو علّة التلف. وينبغي تأويل قوله «قاصداً» لأنّ الحافر قد لا يقصد توقّع تلك العلّة، مع أنّه يضمن قطعاً. ويبقى الكلام في الملازمة، إذ لا نجد ملازمة بين الحفر والتردّي، ولعلّ المراد بها كونه موقوفاً عليه ولا يتحقّق إلّا بعد تحقّقه، لا أنّه لازم لوجوده.

وفي «الشرائع» بأنّه كلّ فعل يحصل التلف بسببه[5]. ولعلّه أراد بواسطته أو معه أو عنده لكنّه يشمل المباشرة، لأنّ التلف يحصل بواسطتها وعندها. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأولى[6] أن يقال في تفسير التسبيب: إنّه إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلّةٍ اُخرى إذا كان السبب ممّا يتوقّع معه علّة التلف بأن يكون وجودها معه كثيراً[7]. وقد فسّر السبب في قصاص الكتاب بما له أثر ما في التوليد كما للعلّة لكنّه يشبه الشرط من وجه، وفسّر الشرط بما يتوقّف عليه تأثير المؤثّر ولا مدخل له في العلّية، قال: كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع، إذ الوقوع مستند إلى علّته وهي

(١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

(٢) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٣ و٤) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٢.

(٥) شرائع الإسلام: الغصب في سبب الضمان ج ٣ ص ٢٣٧.

(٦) لايخفى أنّه لم يرد في الدليل الشرعي في باب الغصب ذِكر السبب أو التسبيب حتّى يحتاج إلى تغييره وتبيينه، وإنّما نسبة العمل إلى الفاعل أمرٌ عرفي ربما حكم بانتسابه إلى الفاعل العرف في مورد ولم يحكم به في موردٍ آخر، ففي كلّ مورد حكم بانتسابه إلى عامله فهو غاصبٌ وإلّا فلا، إلّا أن يثبت بدليل شرعي خاصّ انتسابه إليه، فلا تغفل.

(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٧.

التخطّي [١]. فالشرط هناك هو السبب هنا، وجعل من أقسام السبب الإكراه وشهادة الزور. وفسّر السبب في باب الديات من الكتاب بأنّه كلّ ما يحصل التلف عنده بعلّة غيره، إلّا أنّه لولاه لما حصل من العلّة كالحفر مع التردّي [٢].

ووجه هذا الاختلاف أنّ كلّ ما له دخل في هلاك الشيء وإتلافه إمّا أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك والإتلاف في العادة إضافة حقيقية أو لا يكون كذلك، والّذي لا يكون كذلك إمّا أن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك في العادة أو لا يكون كذلك، فالّذي يضاف إليه الهلاك حقيقة يسمّى علّة والإتيان به مباشرة، ولا يرد عليه ما إذا قتل بما لا يقتل غالباً غير قاصد القتل والقاتل خطأً. وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك يسمّى سبباً والإتيان به تسبيباً، وقد يكون هذا القصد والتوقّع لأجل تأثيره بمجرّده فيه وهو علّة العلّة كشهادة الزور في القتل والإكراه، وقد يكون بانضمام اُمور إليه بعيدة الحصول كحفر البئر.

وقد يختصّ اسم السبب بالنوع الأوّل وعليه بني الحكم في القصاص، لأنّ المدار فيه عليه لا على المال، وقد يفسّر بمطلق ما يقصد به حصول العلّة فيقال: السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلّةٍ سواه ولكن لولاه ما أثّرت العلّة، فلا يعتبر فيه إلّا أنّه لابدّ منه، وعليه بني الحكم في الديات والغصب، لأنّ المدار فيهما على ضمان الأموال، فعلى هذا يكون كلّ شرط سبباً، فالحفر مع التردّي يسمّى سبباً تارةً وشرطاً اُخرى. وتحصل الثمرة فيما إذا غصب شاةً فمات ولدها جوعاً، فإن قلنا: إنّه فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلّة سواه قلنا بأنّه يضمن ولدها، وإن زدنا على التعريف قولنا: ولولاه لما أثّرت العلّة لم يضمن الولد، لأنّه ليس بسبب ويمكن اعتياضه بغيره، فهو أعمّ، كذا قال في «الإيضاح [٣]».

---

(١) قواعد الأحكام: في قصاص النفس ج ٣ ص ٥٨٩.
(٢) قواعد الأحكام: في موجب الدية ج ٣ ص ٦٥١.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٧.

وفيه تأمّل، إذ لعلّ الغرض من الزيادة الاحتراز عمّا إذا كان حدوث المقتضي للتلف نادراً كما تقدّم[١]، فيكون المراد من الزيادة هو المراد من قولهم: إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة، وقد عرفت[٢] ما فسّرناه به، وإلّا فظاهر كلام الإيضاح عند التحقيق لا يتمّ في جميع أقسام السبب، إذ مراده على الظاهر أنّه لولا الغصب لما أثّر الجوع في موت الولد، مع أنّ الجوع يؤثّر في موت الولد سواء حصل بواسطة الغصب أو بحبسه عنها أو بالإغراق في الحلب، وهو معنى قوله «فيمكن اعتياضه بغيره» إذ معناه أنّه يمكن تأثير الجوع بغير الغصب، ولا كذلك الحفر بالنسبة إلى التخطّي فإنّه لولا الحفر ما أثّر التخطّي، ولكن الظاهر أنّه لا فرق، لأنّه يقال هنا: لولا الغصب ما أثّر هذا الجوع، وكذا يقال فيمن قدّم الطعام المسموم: لولا التقديم ما أثّر هذا الطعام المسموم.

وقال في «المسالك» ما حاصله: إن عرّفنا السبب بأنّه ما لولاه لما حصل التلف ضمن، لأنّه لولا غصب الاُمّ لما مات عادةً، فالسببيّة متحقّقة، وإن فسّرناه بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلّة اُخرى إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة فيتوقّف ثبوت سببيّته على قصد الغاصب للشاة إلى إتلاف الولد[٣]، انتهى. وفيه نظر، وتمام الكلام يأتي عند تعرّض المصنّف للمسألة[٤].

وقد اعترض في «جامع المقاصد» على تعريف غاية المراد الّذي نسبه إلى الفقهاء بأنّه إنّما يصدق في الغاصب إذا قدّم طعام الغير إلى آكل مبيحاً له، لأنّه قاصد حينئذٍ بالتقديم الأكل، ولاريب أنّ حفر البئر سبب وطرح المعاثر سبب بلاخلاف، ثمّ قال: والظاهر أنّ مراد الجماعة كون قصد توقّع العلّة باعتبار الشأن،

(١ و ٢) تقدّما في ص ١٦ ـ ١٧.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب في أسباب اُخر للضمان ج ١٢ ص ١٦٩.

(٤) سيأتي ذكرها في ص ٦٧.

الثالث: إثبات اليد، إذا كان بغير حقّ فهو غصب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً، ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده.

فيكون تقديره هكذا: التسبيب إيجاد ملزوم العلّة الّذي شأنه أن يقصد معه توقّع تلك العلّة[١]. قلت: قد عرفت أنّ معنى القصد الحصول، ولاريب في عدم الحصر فيما مثل، ونفي الخلاف إنّما هو في الباب، وإلّا فالظاهر أنّه لا خلاف في باب القصاص أنّ حفر البئر شرط والاختلاف على اختلاف الاصطلاح.

وقال مولانا المقدّس الأردبيلي: إنّه لا حاجة إلى هذه الزيادة ولا إلى تأويلها. وقد فسّر هو التسبيب بأنّه إيجاد سبب معدّ للإتلاف. وقال: إنّا ما نقدر على فهم التعريف المذكور في الإرشاد فكيف مع الزيادة؟ ونفى البأس عن تعريفه بأنّه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلّةٍ اُخرى. وقال: إنّ لفظ «عند» غير مناسب[٢]. قلت: قد عرفت[٣] أنّ ظاهر الشهيد إطباق الفقهاء عليه كما عرفت المراد من التعريف وأنّ الزيادة للاحتراز.

[الموجب الثالث وضع اليد]

قوله: ﴿الثالث: إثبات اليد: إذا كان بغير حقّ فهو غصب، وهو الاستقلال بإثبات اليد[٤] على مال الغير عدواناً﴾ قد تقدّم الكلام[٥] مسبغاً.

قوله: ﴿ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده﴾ كما في

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٦.

(٣) تقدّم في ص ١٦.

(٤) لايخفى أنّ التعبير بإثبات اليد لا يناسب الغصب المحتوي على العدوان فإنّه يفيد شرعية اليد، والأصحّ ما عنونّاه وهو وضعها، وهو المناسب للعدوان، فلا تغفل.

(٥) تقدّم في ص ٩ ـ ١٣.

«الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤]» وكذا «اللمعة[٥]» وهو قضية كلام «التبصرة[٦]». وقال في «التذكرة»: لا شكّ أنّه لا يكفي في الغصب رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده، فلو منع غيره من إمساك دابّته المرسلة لم يكن غاصباً. وهل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لا يضمن، وفيه إشكال[٧]. فظهر أنّه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً. فحمله في «الروضة[٨]» قوله في اللمعة «فلو منعه من سكنى داره أو إمساك دابّته المرسلة فليس بغاصب» على أنّه غير ضامن غير جيّد، إلّا أن ينزّل على ما يأتي.

وقد فرّع على عدم كفاية رفع اليد في «الشرائع[٩] والتحرير[١٠]» عدم الضمان في المثالين. وبه صرّح في «النافع[١١] والتبصرة[١٢] وشرح الإرشاد» لفخر الإسلام[١٣]. وفي «المسالك[١٤] والكفاية[١٥] والروضة[١٦]» أنّه المشهور. والمصنّف استشكل في ذلك في «التذكرة[١٧] والكتاب» فيما يأتي[١٨]. ونحوه ما في «التنقيح[١٩]» من عدم الترجيح.

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٢ و٧ و١٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٦ س ٤٠ و٤١.
(٣ و١٠) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠.
(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٥.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٦ و١٢) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.
(٨ و١٦) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ١٩ ـ ٢١.
(٩) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(١١) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(١٣) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٦ س ٤.
(١٤) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٠.
(١٥) كفاية الأحكام: فيما يتحقق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٢.
(١٨) الّذي يأتي من الكتاب هو الحكم بعدم الضمان في المسألة هذه صريحاً من غير أن يستشكل بشيء في الضمان ولا في غير الضمان. راجع ص ٦٩.
(١٩) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٥.

وفي «المسالك[1] والروضة[2] والكفاية[3]» ما حاصله: أنّه ينبغي أن يختصّ ما ذكره الجماعة بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك بأن اتّفق تلفهامع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعاة الدابّة كما يتّفق لكثير من الدور والدوابّ. أمّا لو كان الحفظ متوقّفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابّة لضعفها أو كون أرضها مسبعة مثلاً وبالجملة حيث يكون التلف متوقّعاً فإنّ المتّجه الضمان نظراً إلى كونه سبباً قويّاً مع ضعف المباشر. وقد نسب الضمان في الأوّل والأخير لجماعة من المتأخّرين.

وهذا الّذي ذكراه هو الّذي حقّقه المحقّق الثاني واختاره وأخذ يحاول استفادة ذلك من وصف الدابّة بكونها مرسلة، قال: لأنّه لو لم يكن له دخل في توقّع التلف بالحبس لم يكن لذِكره فائدة بل كان لغواً[4].

وفيه: أنّ مَن ذكر الوصف حكم بعدم الضمان، ثمّ إنّ مَن ذكره ذكر الدار، فالحال فيهما سواء، فيمكن تحصيل الفائدة في ذِكره. ثمّ إنّ الجماعة قد فرّقوا بين منعه عن إمساك دابّته وبين حبسه عن حراستها، ففي «الشرائع والتحرير» وغيرهما الجزم بعدم الضمان في الأوّل والتردّد في الثاني كما سيأتي[5].

وكيف كان، فالضمان هو المحكي[6] عن الشهيد في بعض فتاواه من دون تفصيل، وهو الّذي اختاره المحقّق الثاني أيضاً في«حاشية الإرشاد[7]» والمولى

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٠.
(٢) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢٠.
(٣) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٢.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٩.
(٥) سيأتي في ص ٦٧ ـ ٦٨.
(٦) حكاه عنه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٠.
(٧) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي: ج ٩) في الغصب ص ٤٧٥.

الأردبيلي[1]. وهو جيّد جدّاً في صورة قوّة سببيّة المانع وضعف المباشر. وهو يرجع إلى التفصيل بنحوٍ آخر لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار»[2] لأنّه الأصل في التضمين بالأسباب، والإضرار صادق بمنع المانع المالك عرفاً فيتّجه ضمانه وينقطع به الأصل، بل قد تقول: إنّه يتّجه الضمان فيما إذا منعه من بيع متاعه في السوق فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها، لاتّحاد طريق الحكم بالضمان في المسألتين، وهو صدق الإضرار المنفي شرعاً، ولا نجد الآن ما يقضي بتخصيص الضرر المنفي بما يكون متعلّقه المال لا اكتسابه. نعم في «الدروس[3] وجامع المقاصد[4] والروضة[5]» أنّه لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية لم يضمن قطعاً. وهذه اللفظة تجري عند مَن يعمل بالظنون مجرى الإجماع. وبعدم الضمان في ذلك صرّح في «التذكرة[6]» وغيرها[7] مستندين إلى أنّ الفائت ليس مالاً بل اكتساب المال، وهو كما ترى والشهيد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك، فلو كان قطعيّاً ما خالفه. فتأمّل في ذلك كلّه جيّداً.

ولو منعه من بيعه فاتّفق تلفه فلا ضمان لعدم تحقّق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع، إذ ليس ممّا يقصد بمنع البيع توقّع حدوث علّة التلف. ومثل المنع من سكنى داره المنع من القعود على بساطه وغصب شاته حيث يموت ولدها جوعاً. ولو كان الحيوان مشرفاً على الموت فمنعه من تذكيته أو من بيعه ليذكّيه

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الخيار ح ٣ و٤ و٥ ج ١٢ ص ٣٦٤.
(٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١ ـ ٦.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٩.
(٥) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢١.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٤١ ـ ٤٢.
(٧) كمسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٠.

والمودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب

المشتري فعلى ما قدّمناه[١] يكون ضامناً. وفي «جامع المقاصد[٢]» أنّ الضمان لا يخلو من وجه، لكنّه لم يجد بذلك تصريحاً. قلت: لاحاجة بنا إلى التصريح بعد عموم خبر الضرر فتدبّر، إذ يمكن أن يقال: إنّ المانع سبب في تلف العين بمعنى فواتها على مالكها.

[في زمان ما يكون المودع غاصباً]

قوله: ﴿والمودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب﴾ أمّا إذا جحد فواضح[٣] كما في «جامع المقاصد[٤]» وبه صرّح في «التذكرة[٥]» وأمّا إذا عزم على الجحود فيقال[٦] فيه: إنّه قد سبق أنّ المستودع لا يضمن بمجرّد قصد الخيانة ما لم يخن بخلاف الملتقط، وهذا مخالف له.

وقد أجاب عن ذلك الشهيد في «بعض حواشيه» بعد تمهيد مقدّمة هي: أنّه إذا وجد للمجتهد حكمان مختلفان في مسألة فلتوجيه كلامه طريقان: إحداهما تقرير

---

(١) تقدّم في ص ٢٠. (٢ و ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٩ و٢٠٩.

(٣) لا يخفى عليك أنّ الجحود بنفسه أعمّ من التصرّف في المال ومن أن لم يكن مال في الواقع أصلاً فضلاً من أن يكون هنا مال ولم يقرّبه، والغصب على ما تقدّم هو التصرّف في المال من دون إذن صاحبه بالقوّة اختياراً وعمداً، فالجحود من حيث هو هو ليس من الغصب بل هو نوعٌ من النهب أو السرقة، فالأصحّ أنّ المودع إنّما يصير غاصباً إذا عزم على منع المالك، وأمّا الجحود فلا يلازم الغصبية لا بالملازمة العادية ولا العرفية فضلاً عن الملازمة الشرعيّة، فافهم.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٣٧.

(٦) ذِكر هذا القول والجواب عنه في الحاشية النّجارية المنسوبة إلى الشهيد: في باب الغصب ص ٨٧ س ٤ وما بعده.

النصّين مهما أمكن، والأُخرى تحصيل القولين أي إثبات خلاف له في المسألة، والعدول إلى الثانية ـ أي الطريق الثانية لأنّه مؤنّث ـ مشروط بتعذّر الأُولى. إذا تقرّر هذا فتقرير النصّين هنا بأن يفرّق بين ما ذكره سابقاً وبين ما هنا بأنّ المذكور سابقاً هو عدم كون المستودع خائناً وضامناً بمجرّد قصد الخيانة والمذكور هنا هو كونه بمجرّد قصد المنع يصير غاصباً وضامناً، ولا بُعد في ذلك، لأنّه بقصد الخيانة لم تخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ، إذ الفرض أنّه لم يقصد كون المال له، فهو مع هذا القصد قائمٌ بما استنابه المالك فيه مثبت يده بإذنه، فلم يحصل تعدّ، ومجرّد النيّة لا يوجب حصول التعدّي، بخلاف ما إذا قصد منع المالك من العين فإنّ يده حينئذٍ لنفسه فلا يكون نائباً للمالك، فلا يكون إثبات يده حينئذٍ هو المأذون فيه من المالك، فيكون إثباتاً بغير حقّ فيصدق عليه تعريف الغاصب. وقال في «جامع المقاصد»: وهذا فرق حسن جلي [1].

قلت: لكنّه في باب الوديعة صرّح بما هنا حيث قال: ولو جدّد الإمساك لنفسه يضمن [2]. وفسّره المحقّق الثاني [3] وغيره [4] بأنّه نوى عدم الردّ، وهو معنى العزم على المنع، فلم يكن بين فتاواه تنافٍ كما هو واضح كما نبّهنا عليه في باب الوديعة [5]. ويطّرد هذا في الأمانات حتّى يقال [6]: إنّ الثوب الّذي أطارته الريح إلى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرّد الخيانة، ومال الإجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة ويضمن بالجحود وقصد منع المالك ونحو ذلك من الأمانات.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٩.

(٢) قواعد الأحكام: في الوديعة ج ٢ ص ١٨٤.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٣ ـ ١٤.

(٤) راجع المسالك: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٧.

(٥) تقدّم في ج ١٧ كتاب الوديعة ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣.

(٦) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٠٩.

ويتحقّق إثبات اليد في المنقول بالنقل، إلّا في الدابة فيكفي الركوب، والفراش الجلوس عليه،

[في أنّ تحقّق إثبات اليد في المنقول بالنقل]

قوله: ﴿ويتحقّق إثبات اليد في المنقول بالنقل﴾ المغصوب إن كان من الأعيان المنقولة تحقّق غصبه وإثبات اليد عليه بالنقل اتّفاقاً، بل هو ضروري وإجماع «المسالك[1]» يتناول ذلك.

قوله: ﴿إلّا في الدابّة فيكفي الركوب، والفراش الجلوس عليه﴾ كما جزم به في «الشرائع[2] وجامع المقاصد[3]». وقال في «التذكرة»: إنّه الوجه[4]. وقال في«المسالك»:لا إشكال في تحقّق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابّة، سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا لتحقّق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره أو مطلقاً حيث يكتفى به في الضمان[5].

وفي «التذكرة» عن أحد وجهي الشافعية أنّه لابدّ من النقل، كما لابدّ منه في قبض المبيع وسائر العقود[6]. وقد أجاب عنه في «المسالك» بمنع عدم تحقّق القبض مطلقاً بذلك، لأنّ القبض له حكمان: أحدهما دخوله في ضمانه، وهو حاصل بالركوب من غير نقل، الثاني تمكينه من التصرّف، وهذا يشترط في الركوب ونحوه إذن المالك فيه، ولا فرق في هذا بين نقله وعدمه، فلا وجه لإخراج التصرّف بغير النقل من البين على هذا التقدير[7]، انتهى. ولم يتّضح لنا هذا الجواب بل الظاهر

(١ و٥ و٧) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥١ و١٥٠.
(٢) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٠.
(٤ و٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧ السطر الأخير والأوّل.

فساده، والحكمان إنّما هما للنقل عند المشهور، لأنّ المشتري إن نقله بدون إذن البائع دخل في ضمانه ويقال له قبض ولا يسمّى تسليماً، ويكون للبائع سلطان على حبسه حتّى يقبض الثمن، وله الفسخ للتأخير عن الثلاثة، وإن قبضه بإذنه فقد مكّنه منه وارتفع سلطانه عنه وخياره فيه وتصرّف كيف شاء. فقوله «القبض له حكمان» إن أراد به القبض الناشئ عن النقل فمسلّم، وإن أراد مجرّد وضع اليد كالركوب ونحوه فأوّل ممنوع. وقد أخذ هذا الجواب من «التذكرة» قال: القبض في المبيع له حكمان: أحدهما الدخول في ضمانه، وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل، والثاني: تمكينه منه، فإن كان البائع أذن في الركوب فالتمكين حاصل، وإن لم يأذن لا يتمكّن لكنّ الحكم في النقل بغير إذنه مثله[1].

وقد تنبّه لذلك المحقّق في باب تسليم المبيع، قال: إنّ القبض في المنقول نقله، فيشكل عليه أنّه لو أخذه المشتري ولم ينقله بل تسلّمه في موضعه الّذي كان فيه ثمّ تلفت لا يكون من ضمانه، مع أنّه في يده، والرواية ـ يعني خبر عقبة بن خالد[2] ـ تدلّ على ذلك إلّا أنّ ما دلّ على ثبوت الضمان بإثبات اليد ينافيها، والجواب يحتاج إلى فضل تأمّل، وتحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد[3]، انتهى. وقد استنهضنا كلامهم هنا على معنى اليد هناك.

وفي «المهذّب البارع» أنّ المراد باليد في العقار القدرة لا الجارحة، وهو التمكّن مع رفع اليد[4].

وتحرير المقام أن يقال: إن كان المراد بإثبات اليد والقبض الموجب للضمان

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢ ـ ٣.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الخيار ح ١ ج ١٢ ص ٣٥٨.
(٣) جامع المقاصد: البيع في التسليم ج ٤ ص ٣٩٧.
(٤) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٧.

هو ما تقرّر عندهم[١] في قبض المبيع من أنّه النقل في المنقول والكيل والوزن في المكيل والموزون والتخلية في العقار اتّجه في الأوّل وأُشكل في الأخيرين فإنّه لاشكّ في تحقّق الغصب بنقل المنقول وإن كان مكيلاً أو موزوناً فإنّهما يضمنان بالنقل من غير كيلٍ ولا وزن، مع أنّه لابدّ منهما في قبض المبيع، ومجرّد وضع اليد على هذه الأشياء لا يقضي بالغصب والضمان، وقد تقدّم في باب اللقطة[٢] التردّد في حصول الالتقاط بمجرّد وضع اليد أو الرجل من غير نقل، وكذلك الشأن في غير المنقول، فإنّ المتبادر من الغصب وتعريفه بالأخذ والاستقلال القبض والتصرّف العرفي، وهو أن يكون متصرّفاً بالفعل، مع أنّه يكفي في قبضه في البيع التخلية، فلو أزعجه حتّى أخرجه من داره وخلاها وتسلّم مفاتحها لا يسمّى غاصباً عرفاً، مضافاً إلى أنّ الأصل عدم الضمان وعدم تحقّق الغصب وأحكامه، فلابدّ فيه من التصرّف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والأخذ من مالكه وإن كان ذلك خلاف ظاهر جماعة وصريح آخرين كما يأتي[٣].

فاندفع ما أُشكل على المحقّق الثاني في باب التسليم، واتّضح الحال فيما يأتي في المسألة الآتية[٤] فيما إذا أخرج المالك ولم يدخل. وقضية ذلك أنّه لا يتحقّق الغصب بمجرّد ركوب الدابّة والجلوس على الفراش إلّا أن يقال[٥]: إنّ ركوبها تصرّف فيها وانتفاع بها وأخذ وغصب لها، لأنّ الانتفاع في كلّ شيء بما هو مراد منه ومخلوق ومصنوع له، فالدابّة مخلوقة للركوب والفراش مصنوع للجلوس، فتأمّل.

---

(١) منهم العلّامة في إرشاد الأذهان: البيع في التسليم ج ١ ص ٣٨١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: البيع في التسليم ج ٤ ص ٣٨٩ و ٣٩٠، والشهيد في الدروس الشرعية: البيع في القبض ج ٣ ص ٢١٣.

(٢) تقدّم في ج ١٧ كتاب اللقطة ص ٧١٥.

(٣ و ٤) سيأتيان في ص ٣٠ ـ ٣٣.

(٥) ذكره الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٠.

وقال في «التذكرة»: هل يتحقّق الغصب بإثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندي ذلك، فلو ركب دابّة الغير وهي واقفة ولم تنقل (تنتقل ـ خ ل) عن مكانها أو جلس على فراشه فلم ينقله فالوجه تحقّق الغصب فيه لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء، انتهى[1]. وكلامه هذا يقضي بتحقّق الغصب مطلقاً، والظاهر أنّه ليس على إطلاقه، وإنّما هو في الدابّة والفراش دون ما عداهما.

وقال في «جامع المقاصد»: اعلم أنّ إثبات اليد في المنقولات إنّما يتحقّق بالنقل إلّا في الدابّة فإنّ ركوبها كافٍ في إثبات اليد عليها، والفراش فإنّ الجلوس كافٍ في ذلك. ثمّ حكى كلام التذكرة هذا الّذي حكيناه، ثمّ قال: وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابّة والفراش، ولا يبعُد أنّ الاستيلاء في كلّ شيءٍ بحسبه كالدخول إلى خيمته وخبائه ونحو ذلك، انتهى[2]. فقد حكم أوّلاً بالحصر ثمّ نفى البُعد عن عدمه، ثمّ إنّ تحقّق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر، إذ لا إثبات يد ولا أخذ خصوصاً إذا كانت الأرض ملكه أو مباحة، إلّا أن يقال[3]: إنّ مراده غصبية الأرض، فتأمّل جيداً. ولعلّ السرير كالبساط، وأمّا الحجر الكبير والأخشاب الكبيرة فمحلّ تأمّل.

وكيف كان، فكلامهم في إثبات اليد والقبض في الباب يخالف كلامهم في قبض المبيع، لأنّهم يكتفون في الدابّة والفراش بالركوب والجلوس ويكتفون في المكيل والموزون بالنقل من دون كيلٍ ووزن، ولا يكتفون في غصب العقار بالتخلية.

ثمّ عد إلى العبارة، قال في «جامع المقاصد»: فيه مناقشتان، إحداهما: أنّ الاستثناء لا يستقيم إلّا إذا كان المراد أنّ إثبات اليد في المنقول لا يثبت إلّا بالنقل، ولا دلالة في العبارة على ذلك إلّا باعتبار عدم صحّة الاستثناء. قلت: إنّ مفهوم

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٦ السطر الأخير.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٠.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٨.

وفي العقار بالدخول وإزعاج المالك، فإن أزعج ولم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن،

اللقب في عبارات الأصحاب حجّة، لأنّها تعاريف وقيود. والثانية: قد وقع في قوله «والفراش الجلوس عليه» العطف على معمولي عاملين بأداة واحدة وهو ضعيف عند أهل العربية[1]. قلت: يكفي في ذلك الجواز.

[فيما يتحقّق به إثبات اليد في العقار]

قوله: ﴿وفي العقار بالدخول وإزعاج المالك، فإن أزعج ولم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن﴾ العقار يتصوّر فيه الغصب ويكون غاصباً ضامناً بغصبه إجماعاً كما في «التذكرة[2]» وعندنا وعند أكثر العامّة كما في «المسالك[3] والكفاية[4]» وإجماع «الخلاف[5]» وأخباره في مسألة المنافع منطبق عليه قطعاً باللازم. وفي «جامع المقاصد» لاريب أنّ غصب العقار متصوّر في نظر الشارع، لأنّ إثبات اليد عليه ممكن، انتهى[6]. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف[7]: لا يمكن غصبه، بل إنّما يضمن بالانهدام، فإذا دخل وانهدم ضمن المهدوم مستنداً إلى أنّه لا يمكن نقله. وهذا ليس بمانع، إذ الغصب في مثله يتحقّق

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٠ و٢١١.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٦.
(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥١.
(٤) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٢٣.
(٥) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٢ مسألة ١١.
(٧) راجع اللباب في شرح الكتاب: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩، المبسوط: في الغصب ج ١١ ص ٥٧، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٣٧٥.

بالقبض، وليس هو منحصراً في النقل، وإلّا لم يجز بيعه وهبته ونحوهما ممّا يحتاج إلى القبض، مضافاً إلى عدّة أخبار صريحة في غصب العقار بلفظ الغصب كما تقدّم[1].

هذا، ولا محالة يتحقّق الغصب بالدخول وإزعاج المالك كما في «جامع المقاصد[2]» كما ذكره المصنّف، بل هو محلّ الوفاق منّا ومن أكثر العامّة[3]، وإنّما الكلام في أنّه هل يتحقّق بإثبات اليد مستقلّاً من غير إذن المالك بأن يستولي عليها ويخرجه منها ويتسلّم مفاتيحها وإن لم يدخلها أصلاً لأنّه بذلك تدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في تحقّق الغصب أم لا يتحقّق بذلك بل لابدّ من الدخول؟ خيرة «الكتاب والتحرير[4] وجامع المقاصد[5] ومجمع البرهان[6]» الثاني، وقد عرفت الوجه فيه. وصريح «المسالك[7] والكفاية[8]» الأوّل. وهو ظاهر «الشرائع[9] والنافع[10] والإرشاد[11] والتبصرة[12] والدروس[13]» حيث قيل فيها: يتحقّق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلّاً من دون إذن المالك لصدق الغصب بما سمعت في توجيهه. ويشهد له أنّه لو كان المالك غائباً تحقّق الغصب من دون إزعاج.

---

(١) تقدّم في ص ١١ ـ ١٢.

(٢ و٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١١.

(٣) راجع الشرح الكبير: ج ٥ ص ٣٧٥، والمغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٣٧٨، وبدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤٦.

(٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠ ـ ٥٢١.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٧.

(٧) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥١.

(٨) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٣.

(٩) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.

(١٠) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.

(١١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(١٢) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.

(١٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.

وكذلك لو استولى مع المالك، وتـردّد فـي «التـذكرة[١] وجـامع المـقاصد[٢]» ولا ترجيح في «التنقيح[٣]» ممّا ذكر، ومن أنّ العرف قاضٍ بأنّ الغصب إنّما يتحقّق بالدخول، لأنّ الاستيلاء إنّما يحصل به. ولا تغفل عمّا تقدّم[٤] ويأتي[٥] فيما إذا منعه من إمساك دابّته المرسلة وسكنى داره، وقد يكون المراد من الاستقلال في عبارة الشرائع وما ذكر معها عدم قدرة المالك على التصرّف في عقاره الّذي هـو فـي تصرّفه وتحت يده بمعنى أنّه منعه عنه ولم يمكّنه منه وإن كان جالساً مـعه فـإنّه حينئذٍ يكون وجوده وعدمه سواء، فتأمّل.

وقد اعتبر المصنّف هنا وفي «التحرير[٦]» قصد الاستيلاء حيث قال: أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن. وفي «التذكرة[٧] وجامع المقاصد[٨]» أنّ وجود نفس الاستيلاء حقيقة يغني عن قصده، فلا أثر لعدم قصده مـع حـصوله حـقيقة، وقضيّته دخول الجاهل والغافل والناسي والمكره والمضطرّ، فتدبّر.

وليعلم أنّ قضية كلام المصنّف أنّه يعتبر لتـحقّق الغـصب أمـران: الدخـول، وإزعاج المالك، فلا يكفي أحدهما فقط. وبذلك صرّح في «جامع المقاصد[٩]» مع أنّهما[١٠] وغيرهما[١١] صرّحوا بأنّه إذا دخل عليه مستولياً ولم يزعجه ولكلّ منهما قوّة أنّه يضمن النصف، ولعلّهما أرادا أنّ ذلك يعتبر لتحقّق غصب الكلّ، فتأمّل.

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ١٩ و١٥.

(٢ و٨ و٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٢ و٢١١.

(٣) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٤) تقدّم في ص ٢٠ ـ ٢٣.

(٥) سيأتي في ص ٦٢ و٦٩ ـ ٧٠.

(٦) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.

(١٠) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٢ و٢٩، جامع المقاصد: فـي الغصب ج ٦ ص ٢١١.

(١١) كالشهيد في مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٢.

وفي «الشرائع[١] والتحرير[٢] والإرشاد[٣] والدروس[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] والكفاية[٧]» أنّه لو أسكن غيره فهو غاصب، والساكن ليس بغاصب. وقيّده الشهيدان والكركي والخراساني بما إذا كان جاهلاً، لأنّ يد الساكن كيده فكان في معنى سكناه بنفسه. قلت: هو واضح إن كان مكرهاً. وفي «الإرشاد[٨] والتحرير[٩]» تقييده بما إذا كان المالك غائباً والآمر المسكن ضعيفاً. ولابدّ أيضاً من التقييد بكونه جاهلاً كما قيّد به صاحب «المسالك» عبارة الشرائع، وفيه نظر ستسمعه[١٠]. قال في الكتابين ـ أي التحرير والإرشاد ـ: لو كان المالك حاضراً فلا ضمان. وفيه أيضاً: أنّه قد تصرّف بغير إذن المالك فيكون ضامناً إلّا أن يكون سكوته دالاً على رضاه، فيكون دخولاً بالرضا كما نبّه عليه في «مجمع البرهان[١١]» ثمّ إنّه يرد عليهم جميعاً ما إذا انهدمت الدار وهو فيها مثلاً فإنّ عدم تضمين الساكن مع إثبات يده بغير حقّ وإن كان مغروراً مخالف لما سيأتي[١٢] في الأيدي المتعاقبة على المغصوب فإنّهم يحكمون بأنّها أيدي ضمان وإن كان بعضهم جاهلاً. نعم هذا يؤيّد مختار المقدّس الأردبيلي[١٣] في المسألة إلّا أن يقولوا بثبوته ولا يسمّونه غاصباً، فلا مشاحة في التسمية.

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٢ و٩) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(٣ و٨) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٢.
(٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥١.
(٧) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٢٣.
(١٠) سيأتي في ص ٣٧ ـ ٣٨.
(١١ و١٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٤.
(١٢) سيأتي في ص ٩١ ـ ٩٩.

فإن قصد فهو غاصب للنصف.

قوله: ﴿فإن قصد فهو غاصب للنصف[1]﴾ أي إن دخل بقصد الاستيلاء فهو غاصب. وقد عبّروا عنه بما إذا دخل الدار قهراً مع مالكها وقالوا: إنّه يضمن النصف. وبذلك كلّه صرّح في «المبسوط[2] وكشف الرموز[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والدروس[7] واللمعة[8] والمقتصر[9] والتنقيح[10] والروضة[11] والمسالك[12]» وقوّاه في «المهذّب البارع[13]». وفي «التنقيح[14]» أنّ عليه الفتوى. وفي

---

(١) العبارة مبهمة غير مفهمة لما هو المقصود من المعنى، فإنّ المقصود على ما يظهر من الشرح هو أنه لو قصد الغاصب في دخوله الاستيلاء على الكلّ فيما إذا كان المالك مستولياً أيضاً ففي مثل ذلك يكون الغاصب ضامناً للنصف فقط لأنه حينئذٍ مستقلّ بالاستيلاء على المال في النصف، وأمّا النصف الآخر فالفرض أنّ المالك مستولٍ عليه. وليست العبارة مفهمة لهذا المعنى إلّا بالشرح والتوضيح. هذا ولكن من المحتمل أن تكون العبارة هكذا: فإن قصد الغاصب الاستيلاء على الكلّ وهو غاصب أي مستولٍ على النصف منه ... فحينئذٍ يكون في العبارة سقط وهو خبره المتضمن للحكم أي قوله: لم يضمن الغاصب إلّا النصف، وهذا هو الّذي يناسب ما حكاه الشارح عن الشهيدين بعد ذلك من تعليلهما ضمان الغاصب النصف باستقلاله بالنصف فقط فإنّ هذا هو الفرض في المسألة، فراجع وتأمّل.

(٢) المبسوط: في غصب الأرض ج ٣ ص ٧٣.

(٣) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٩.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.

(٦) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٧) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.

(٩) المقتصر: في الغصب ص ٣٤١.

(١٠ و ١٤) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٦.

(١١) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢١.

(١٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٢.

(١٣) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

«المسالك[1] والكفاية[2]» أنّه مذهب الأكثر. وقال في «الشرائع»: إنّه لا يضمن الأصل. وقال الشيخ: يضمن النصف. وفيه تردّد منشؤه عدم الاستقلال[3]. والتردّد ظاهر «النافع» حيث قال: ففي الضمان قولان[4]. وكذا «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام[5].

ولم نجد القول بالعدم جزماً إلّا ما في «التنقيح» من أنّ القولين للشيخ في المبسوط، لأنّه قال: لو مدّ زمام الناقة من مكانٍ إلى مكانٍ وصاحبها راكب عليها لم يضمنها، لأنّه لم تزل يده عنها، ولا فرق بين الصورتين[6]، انتهى. وستعرف[7] الحال في مادّ زمام الناقة محرّراً مسبغاً عند قوله «ولو مدّ بمقود دابّة ... إلى آخره».

وقد يظهر من «الشرائع[8]» وغيرها[9] أنّ القولين مبنيّان على الاختلاف في تعريف الغصب بأنّ المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن أو الاستيلاء فيضمن، لكنّ الشهيدين في «الدروس[10] والروضة[11]» علّلا الضمان باستقلاله بالنصف. وقال في «التنقيح» بعد تعليل عدم الضمان بعدم استقلال يد الغاصب لأنّه إنّما يحصل برفع يد المالك ولم ترفع: إنّ فيه نظراً، لأنّه إن أراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل، وإلّا لزم عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيءٍ واحد، وإن أراد

---

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٢.
(٢) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٣.
(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٦ س ٤ ـ ٦.
(٦) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٦.
(٧) سيأتي في ص ٧٠ ـ ٧٢.
(٨) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٩) كتحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(١٠) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(١١) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢١.

به إثباته على وجهٍ يرفع به يد المالك فهو مصادرة على المطلوب، لأنّ ذلك غير المتنازع فيه[١]، انتهى. وكلام هؤلاء الثلاثة يقضي بتصحيح القول المشهور على تقدير الاستقلال. وكيف كان، فالمفروض في كلام المشهور أنّهما قويّان.

وفي «مجمع البرهان» أنّه لا تفاوت حينئذٍ بين كون المالك قادراً على منعه عن ذلك وإخراجه أم لا بأن يكون أقوى منه لصدق تعريف الغصب عليه[٢]. قلت: قد قال في بيان التعريف: إنّه يعتبر في الاستقلال الاستعلاء والتسلّط ولا يكفي مطلق التصرّف ووضع اليد[٣]. فلعلّه أراد بعض التعاريف، فتأمّل. وقد وجّه الضمان في «الدروس» وغيره بما سمعت. ومَن يكتفي بالاستيلاء يوجّهه باجتماع يدهما واستيلائهما عليه فيضمن النصف. وفي «الروضة» أنّ هذا إذا شاركه في سكنى البيوت على الإشاعة من غير اختصاص بموضعٍ معيّن، فلو اختصّ اختصّ بضمانه[٤]. قلت: هو واضح والشأن فيه كالشأن فيما إذا كان له شريك في الغصب.

وفي «الكفاية[٥] والرياض[٦]» أنّه لابدّ من كونه متصرّفاً في النصف بحيث يمنع المالك من أنواع التصرّفات كالبيع والهبة وأمثالهما لا مجرّد السكنى، ولم يتّضح لنا وجهه، وستعرف الحال[٧]. وفي «مجمع البرهان» أنّ ذلك إذا شاركه في كلّ موضع من البيوت بحيث ما يزاحمه ولا يزعجه إلّا عن النصف، قال: ويمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول له: أنا وأنت نكون في هذه الدار مع إثبات يده على الكلّ وعدم منعه من شيء مثل الشريكين

---

(١) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٦.
(٢ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٥ و٤٩٢.
(٤) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢٢.
(٥) كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٣٣.
(٦) رياض المسائل: الغصب في الضمان ج ١٢ ص ٢٥٩.
(٧) سيأتي في ص ٣٧ ـ ٤٠.

بالنصف وأحدهما يأذن للآخر[١]. قلت: هذا جيّد جدّاً، فلا فرق بعد فرض تصرّفه في جميع الدار بين أن يكون تصرّفه في قدر النصف أو أقلّ أو أكثر، لأنّ المتصرّف في جميع الدار مثلاً اثنان فيحال الضمان عليهما كالجنايات، فلو جنيا عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح والآخر إنّما جرحه جرحاً واحداً.

وأمّا الأُجرة فلا يضمن منها إلّا قدر ما ينتفع به من السكنى كما نبّه عليه أبو العبّاس في «كتابيه[٢]».

هذا، وفي «الدروس[٣] والروضة[٤]» أنّه يضمن النصف عيناً وقيمةً، ولعلّ الأولى أن يقولا: عيناً ومنفعةً.

هذا، وقد يظهر من كلامهم أنّ ذلك حيث يتّحد المالك والغاصب، أمّا لو تعدّدا أو تعدّد أحدهما فالضمان بالنسبة، فلو كان المالك اثنين ضمن الغاصب الثلث أو ثلاثة ضمن الربع، كما أنّ الغاصب إذا كان اثنين والمالك واحداً ضمنا الثلثين. قال في «التنقيح»: لو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم النصف الغاصب أو بالنسبة؟ الأقرب الأخير كما لو تعدّد الغاصب. ثمّ قال: والتحقيق يقتضي الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقلّ به إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث، وهكذا[٥]. وهو خيرة المقدّس الأردبيلي[٦]. وفي «الرياض[٧]» أنّه جيّد. ولعلّ الأجود ما تقدّم[٨] من أنّه كالجناية.

(١ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٤ و٥٠٥.

(٢) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٨، والمقتصر: في الغصب ص ٣٤١.

(٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.

(٤) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢١.

(٥) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٧.

(٧) رياض المسائل: الغصب في الضمان ج ١٢ ص ٢٥٩.

(٨) تقدّم في صدر الصفحة.

ولو دخل الضعيف على القويّ في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن،

فرع: قال في «الدروس»: لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلّب ومنع المستحقّ فالظاهر ضمان العين والمنفعة، انتهى[1]. والظاهر أنّ الغصب لا يتصوّر في الوقوف العامّة بمنع بعض المستحقّين قبل إثبات يده وإن أثم. نعم لو سبقت للمستحقّ يد فمنعه مانع بغير حقّ أمكن تصوّر الغصب. وإطلاق كلام «الدروس» قد يظهر منه خلاف ما ذكرناه.

[فيما لو قصد الضعيف بوروده على القويّ الاستيلاء]

قوله: ﴿ولو دخل الضعيف على القويّ في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن﴾ كما في «الشرائع[2] والتذكرة[3] والإرشاد[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والرياض[7]» لأنّه ليس بغاصب لشيء من الدار ولا عبرة بقصده الاستيلاء، لأنّه قصد ما لا يتمكّن من تحقيقه، إذ المفروض أنّ القويّ لا يعدّ مثل الضعيف مستولياً عليه. وظاهر «الدروس[8] واللمعة[9] والروضة[10]» التوقّف لظهور

(١ و٨) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٢) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٣.
(٤) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٤٥.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١١.
(٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٣.
(٧) رياض المسائل: الغصب في الضمان ج ١٢ ص ٢٥٩.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(١٠) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢٢.

ويضمن لو كان القويّ نائياً.

استيلائه على العين الّتي انتفع بسكناها، وقدرة المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقّق العدوان. وفي «مجمع البرهان» لا ينبغي أن يشكّ في كونه ضامناً على أنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه خصوصاً إذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء فإنّه قد يكفي ولا يحتاج إلى وجود ما في نفس الأمر كما يشعر به لفظ الاستيلاء، وعدم منع المالك مع قدرته لا يدفع ذلك إلّا أن يكون دالاً على الرضا فيكون الدخول بالرضا[1]. والظاهر أنّه لا نزاع في أنّه يضمن أجرة ما سكن. وبه صرّح في «الدروس[2] واللمعة[3] والمسالك[4] والروضة[5] والكفاية[6] والرياض[7]».

قوله: ﴿ويضمن لو كان القويّ نائياً﴾ كما في «الشرائع[8] والتذكرة[9] والتحرير[10] والإرشاد[11] وجامع المقاصد[12] والمسالك[13] والروضة[14]». وفي الأخير أنّه لا شبهة في الضمان. قال في «التذكرة»: لأنّ الاستيلاء حاصل في الحال وأثر قوّة المالك إنّما هي سهولة إزالته والانتزاع من يده، فكان كما لو سلب قلنسوة

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٤.
(٢) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٣) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٤ و١٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٣.
(٥ و١٤) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢٢.
(٦) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٣.
(٧) رياض المسائل: الغصب في الضمان ج ١٢ ص ٢٥٩.
(٨) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.
(٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٤.
(١٠) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(١١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(١٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٣.

ملك فإنّه يكون غاصباً وإن سهل على المالك انتزاعه وتأديبه[١]. وقال في «التحرير»: لو دخل أرض إنسان أو داره والمالك غائب ضمنها سواء قصد ذلك أو ظنّ أنّها داره أو دار مَن أذن له في الدخول إليها على إشكال، أقربه عدم الضمان إلّا مع قصد الاستيلاء، انتهى[٢]، فتأمّل فيه، ولعلّ في النسخة سقطاً.

فروع: قال في «التذكرة»: لو دخل عقاراً لينظر هل يصلح له أو ليتّخذ مثله لم يكن غاصباً. ولو انهدمت في تلك الحال ففي الضمان إشكالٌ، ينشأ من أنّه قد حصل التلف في يده فكان كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه أو مثله فتلف في تلك الحال فإنّه يضمنه، ومن الفرق بينه وبين المنقول بأنّ اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة، واليد على العقار حكمية فلابدّ في تحقّقها من قرينة قصد الاستيلاء[٣]. وفي «المسالك» الأصحّ أنّه لايضمن بخلاف المنقول[٤]. ولاترجيح في «جامع المقاصد[٥]». وفي «الدروس» لو رفع متاعاً بين يدي المالك فإن قصد الغصب فهو غاصب، وإن قصد النظر ففي كونه غاصباً وجهان[٦]، انتهى. ولو كان القويّ مستولياً وصاحب البيت ضعيفاً بحيث اضمحلّت يده معه فالمتّجه أنّه يضمن الجميع كما في «جامع المقاصد[٧]». وفي «الروضة[٨] والرياض[٩]» أنّه قويّ.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٥.
(٢) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٦ ـ ٢٩.
(٤) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٣.
(٥ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.
(٦) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٨) الروضة البهية: في أسباب الغصب ج ٧ ص ٢٢.
(٩) رياض المسائل: الغصب في الضمان ج ١٢ ص ٢٥٩.

والحوالة على المباشر لو جامع السبب إلّا مع ضعفه بالتغرير،

[في ضمان المباشر لو جامع السبب]

قوله: ﴿والحوالة على المباشر لو جامع السبب، إلّا مع ضعفه بالتغرير﴾ قد طفحت عباراتهم في باب القصاص والديات[1]. والغصب أنّه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر إذا تساويا في القوّة أو رجّح المباشر، وفي «كشف اللثام[2]» الإجماع عليه، وفي «مجمع البرهان» أنّه من المعلوم عقلاً بل ونقلاً أنّه إذا وجد لشيء سببان قريب وبعيد أنّه يسند إلى القريب، والبعيد هو سبب السبب وله مدخليّة ما في ذلك الشيء، فيكون الضمان مستنداً إلى المباشر، وهو ظاهر وكأنّه مجمع عليه انتهى[3]. والحاصل: أنّي لم أجد في الأبواب الثلاثة في ذلك مخالفاً.

وقد قالوا: إنّه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر كما اقتصر على ذلك جماعة[4]. وهذا يشمل الضعف بالإكراه والغرور بل والشمس والنار والريح إن صدق عليها اسم المباشرة. وفي «الدروس[5] واللمعة[6] والروضة[7]» إلّا مع ضعفه

(١) المحقّق في شرائع الإسلام: الديات في تزاحم الموجبات ج ٤ ص ٢٥٧، والسيّد عليّ في رياض المسائل: الديات في تزاحم الموجبات ج ١٤ ص ٢٣٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الديات في تزاحم الموجبات ج ١٥ ص ٣٨٠ وج ١٢ ص ١٦٤.

(٢) كشف اللثام: الديات في الترجيح بين الأسباب ج ١١ ص ٢٧٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠١.

(٤) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الديات في تزاحم الموجبات ج ١٥ ص ٣٨٠، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٣.

(٥) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

(٧) الروضة البهية: الغصب في أسباب الضمان ج ٧ ص ٣٣.

بالإكراه أو الغرور. واقتصر في «الإرشاد[1]» على الأوّل. وفي «الكتاب» هنا على الثاني. وناقشه المحقّق الثاني بأنّه لا وجه لهذا القيد، فإنّ عدم صلاحية المباشر لنسبة الفعل إليه موجبة لضعفه كما في الريح والشمس والنار[2]. وكأنّه إلى ذلك أشار في «المسالك[3]» بقوله: يستثنى من ذلك أُمور كثيرة. وفيه: مع أنّه وارد على الجميع فينبغي أن يحمل كلامهم على التمثيل مع أنّ الإكراه أولى بالذكر أنّ هذه الثلاثة منزّلة منزلة المباشر وليست من المباشرة. ومَن لم يستثن كالمحقّق في «الشرائع[4]» والمصنّف في ديات «الكتاب[5]» فقد استغنى عنه بالتصريح بذلك بعد ذلك والتمثيل والتعليل.

وقد يجتمع على الشيء الواحد سببان بأن يحفر واحد عدواناً بئراً ويضع آخر كذلك عنده حجراً فيعثر به إنسان فيقع في البئر، فإنّه يقدّم الأوّل في الجناية وإن تأخّر حدوثه عن الآخر. وربما احتمل تساوي السببين وترجيح الأقوى كما لو نصب سكيناً في البئر المذكور. وقد استوفينا الأقوال والاحتمالات في ذلك في باب الديات[6].

والإكراه يتحقّق بسلب الاختيار والوعيد بقتل النفس وهتك العرض وأخذ المال الكثير. وذكروا الضابط في الإكراه على الطلاق بأنّه التوعّد على الإضرار بالمكره وبمن يقوم مقامه كالأب والابن وإن كان شتماً للمرتفع عنه لا الضرر اليسير كأخذ مالٍ يسير. وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب المكاسب[7]. هذا في

(١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٣.
(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٥.
(٤) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٧.
(٥) قواعد الأحكام: الديات في اجتماع العلّة والشرط ج ٣ ص ٦٥٨.
(٦) سيأتي في باب الديات ج ١٠ ص ٣١٨ ـ ٣١٩ وما بعده الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.
(٧) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٥٦ ـ ٥٥٩.

كمن قدّم طعام غيره إلى آكلٍ جاهل، فالضمان يستقرّ على الآمر.

المال، أمّا في النفس فيتعلّق الضمان بالمباشر مطلقاً ويحبس الآمر حتّى يموت. وقد بيّنّا الكلام في الإكراه على ما دون النفس في باب الديات [1] والمكاسب.

والمراد بالسبب فاعل ملزوم العلّة كحافر البئر كما تقدّم [2]. وقد يطلق مجازاً على غير ذلك كما يقال: تلف مال فلان بسبب سعاية فلان به إلى الظالم، وهذا لا يوجب الضمان عندنا بل على الساعي الإثم كما في «التذكرة [3]».

ويبقى الكلام فيما يبذله ويغرمه المسروق منه والمغصوب منه لتحصيل المال فهل يرجع به عليهما أم لا؟ احتمالان. والظاهر أنّ السارق والغاصب كالحافر فاعل ملزوم العلّة.

قوله: ﴿كمن قدّم طعام غيره إلى آكلٍ جاهل، فالضمان يستقرّ على الآمر﴾ الغارّ كما في «الدروس [4] والروضة [5]» في المقام وبه طفحت عباراتهم [6] عند الكلام على الأيدي المترتّبة على يد الغاصب. وقد فصّل في «المبسوط [7]» تفصيلاً طويلاً، وأطول منه ما في «التذكرة» وحاصله: أنّه إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فإمّا أن يطعمه لغير صاحبه أو يطعمه لصاحبه، فإن كان الأوّل

---

(١) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠ الّذي يصير حسب تجزئتنا السابع والعشرين.

(٢) تقدّم في ص ١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ س ٢٩ ـ ٣٠.

(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٥) الروضة البهية: الغصب في أسباب الضمان ج ٧ ص ٣٣.

(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٧، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٩، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.

(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٨.

ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع.

فإن كان عالماً فهو غاصب كالأوّل، وإن كان جاهلاً فإن قال له: كله فإنّه ملكي وطعامي، أو قدّمه ضيافة فإنّه لا يلزم الآكل شيء، لأنّه غرّه وأوهمه أنّه لا تبعة فيه عليه، وإن قال كله ولم يقل إنّه ملكي ولا طعام فلان غصبته بل أطلق فوجهان أقواهما الضمان، لأنّه غرّه أيضاً. وإن كان الثاني فإن كان الآكل عالماً بأنّه طعامه فقد برئ منه الغاصب، وإن كان جاهلاً ضمنه الغاصب ولم يبرأ، لأنّه لم يردّه إليه ردّاً تامّاً، فإنّه لا يمكنه التصرّف فيه بكلّ ما يريده من أخذه وبيعه والصدقة به[1]. وعساك تقول: إنّ كلّ ما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه ـ أي الآخذ ـ كما يأتي[2]. قلت: قد قالوا[3]: إلّا مع الغرور كما لو أضافه به. ويأتي تمام الكلام عند تعرّض المصنّف له مرّة أخرى.

[في ضمان دافع غيره في بئر حفرها ثالث]

قوله: ﴿ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع﴾ أي المتعمّد لذلك لقوّة المباشر وضعف أثر الحافر. وأمّا إذا دفعه مع الجهل بالبئر وكان حفرها عدواناً فإنّ الحافر هو الضامن، وقد استوفينا الكلام في هذه المقامات في أوائل باب الديات[4].

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٢ وما بعده.

(٢) سيأتي في ص ٩٩ ـ ١٠١.

(٣) منهم المحقّق في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٩، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ١٢ ـ ١٤، والشهيد في الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٤) سيأتي في باب الديات ج ١٠ص٣١٨ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

ولو فتح رأس زقّ فقلبته الريح الحادثة فسقط أو ذاب بالشمس ففي الضمان إشكالٌ، ينشأ من ضعف المباشر، ومن أنّه لا يقصد بفتح الزقّ تحصيل الهبوب.

قوله: ﴿ولو فتح رأس زقّ فقلبته الريح الحادثة فسقط أو ذاب بالشمس ففي الضمان إشكالٌ، ينشأ من ضعف المباشر، ومن أنّه لايقصد بفتح الزقّ تحصيل الهبوب﴾ قد استشكل أيضاً في «الإرشاد[1] والتحرير[2]» وقال في «الشرائع» بعد أن تردّد: لعلّ الأشبه أنّه لا يضمن، لأنّ الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب[3]. وفي «الكفاية» أنّه أقرب في صورة انقلابه بالريح[4]. ولا ترجيح فيها في صورة إذابة الشمس. وفصّل في «المبسوط[5]» فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح وقلبها له نافياً عنه ـ كابن زهرة في «الغنية[6]» ـ الخلاف وبالضمان في إشراق الشمس عليه. واستشكل في الأوّل في «التذكرة[7]» واستوجه الضمان في الثاني، وفرّق بأنّ الشمس ممّا يعلم طلوعها فيكون الفاتح له معرّضاً ما فيه للشمس، وهبوب الرياح غير منتظر ولا متوقّع، فالهلاك حينئذٍ لم يحصل بفعله، وليس فعله ممّا يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ والأمر الحادث مباشر فلم يتعلّق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق

---

(١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.

(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.

(٤) كفاية الأحكام: فروع في الغصب ج ٢ ص ٦٣٨.

(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ س ٣٨.

غيره أو دلّ سارقاً فسرق، وقد يفرّق بين الأصل والتنظير على أنّ وجود الريح كثير موجب لتوقّع القلب والانقلاب كما في «جامع المقاصد[١]» ووجه الضمان في ذلك أنّ فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه ولم يتخلّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، فوجب الضمان، فكان كما لو جرح إنساناً فأصابه الحرّ أو البرد فسرت الجراحة فإنّه يضمن فكذا هنا. وقد اختير أنّه يضمن في المسألتين في «شرح الإرشاد» لولده[٢] و«غاية المراد[٣] والدروس[٤] وجامع المقاصد[٥] وتعليق الإرشاد[٦] والمسالك[٧]» وقد عرفت الوجه في ذلك.

وقال في «مجمع البرهان»: لا إشكال في الضمان إذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير ولم يعلم استناده إلى غيره بالكلّية[٨]. وقال في «جامع المقاصد»: إنّ عبارة الكتاب لا تخلو من شيء فإنّه لا يقصد بالسبب حصول العلّة أصلاً فكيف يستقيم قوله «ومن أنّه لا يقصد بفتح الزقّ تحصيل الهبوب» فلو قال بدله: ومن أنّه لا يقصد بفتح الزقّ توقّع الهبوب كان أولى[٩].

قلت: توقّع الشيء انتظار كونه وحصوله، فالمراد بتحصيل الهبوب انتظار كونه وحصوله، وقد طفحت بذلك عبارات الخاصّة والعامّة[١٠].

(١ و ٥ و ٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٤.

(٢) الظاهر أنّ المراد من الشرح المذكور هو شرح الإرشاد للنيلي: إلّا أنّ عبارته ليست صريحة في ذلك وإنما يمكن استظهاره منها حيث نسبه فيه إلى شيخه ولم يردّه بشيء، فراجع شرح الإرشاد المذكور في الغصب ص ٦٦ س ٣٣ وما بعده.

(٣) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٣.

(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

(٦) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الغصب ص ٤٧٥.

(٧) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٣.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٨.

(١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٤، المسالك: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٣، فتح العزيز (ضمن المجموع): في الغصب ج ١٥ ص ٢٤٣، الوجيز: في الغصب ص ١٦٨.

ولو فكّ قيد الدابّة فشردت أو عن المجنون فأبق أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث،

[فيما لو فكّ المعقود ونحوه فشرد]

قوله: ﴿ولو فكّ قيد الدابّة فشردت أو عن المجنون فأبق أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكثٍ﴾ أي ضمن كما صرّح بذلك في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والغنية[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] والنافع[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والدروس[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] ومجمع البرهان[13] والكفاية[14]» وفي الأخير أنّه المعروف من مذهب الأصحاب. وظاهر «التذكرة[15]» الإجماع على الضمان في فتح قفص الطائر سواء طار في الحال أو بعد مكث. وحكى في «الرياض[16]» عن المبسوط نفي الخلاف في الثلاثة وعن ظاهر التذكرة الإجماع فيها أي الثلاثة، ولم نجد ذلك فيهما وستسمع[17] ما وجدناه، بل

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١١ مسألة ٢٤ و ٢٥.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٩.
(٣) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٥.
(٥) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.
(٦ و ١٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ١٣ ـ ١٤ و ١٥.
(٧) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.
(٨) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.
(٩) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(١٠) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٥.
(١٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٠.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٧.
(١٤) كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٣٧.
(١٦) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٧.
(١٧) سيأتي في الصفحة الآتية.

أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلّا الوكاء،

قال في «المبسوط» في ضمان الطائر إذا لم يهجه ولم يطر في الحال: يقوى عندي أنّ عليه الضمان[1]، فحكم به غير جازم.

وفي معنى المجنون غير المميّز غير أنّه لم يذكر المجنون في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر. وهذه المواضع الثلاثة ممّا يترجّح السبب فيها على المباشرة لضعفها، لعدم العقل لكن بعضها غير أغلبي، وقد تقدّم المختار[2] ويأتي[3].

وأشاروا بقولهم «فطار في الحال أو بعد مكث» إلى خلاف بعض الشافعية[4] حيث فرّق بين الأمرين فحكم بالضمان في الأوّل دون الثاني.

وفي «المبسوط[5]» أنّه لو أهاج الدابّة فشردت أو الطائر فطار ضمن بلاخلاف، أي منّا ومن العامّة. وفي «التذكرة[6]» أنّه لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً وفي حكم خروج الطائر وثوب الهرّة. ولو أفسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه، لأنّ فعل الطائر منسوب إليه. نعم لو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة الّتي هي فعل السبب كأن مات الطائر أو العبد المجنون أو الدابّة فلا ضمان، لعدم مدخلية السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً. ويأتي الكلام في العبد العاقل[7].

قوله: ﴿أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلّا الوكاء﴾

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٩.
(٢) تقدّم في ص ١٩ ـ ٢٢.
(٣) سيأتي في ص ٥٢ ـ ٥٦ و٦٧ ـ ٦٩.
(٤) كالوجيز: في الغصب ص ١٦٨، وكفاية الأخيار: في الغصب ج ١ ص ١٨٣.
(٥) المبسوط: فيما إذا فتح قفصاً ج ٣ ص ٨٩.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ١٤.
(٧) سيأتي في ص ٥٦ ـ ٥٩.

أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتلّ أسفله فسقط أو قبض بالبيع الفاسد

فإنّه يضمن بلا خلاف كما في «المبسوط[١] والسرائر[٢]». وفي «المسالك[٣]» أنّه يضمن لامحالة إذا كان مطروحاً لمباشرته الإتلاف. وبما في الكتاب صرّح في الكتب المذكورة آنفاً[٤] بعد المبسوط جميعها ما عدا النافع.

قوله: ﴿أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتلّ أسفله فسقط﴾ ضمن كما في «المبسوط[٥]» وسائر[٦] ما ذكر بعده عدا السرائر والنافع والتحرير، لأنّ السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، وهما ممّا من شأنه أن يحصل بالفتح.

[في ضمان من قبض بالعقد الفاسد أو السوم]

قوله: ﴿أو قبض بالبيع الفاسد﴾ أي ضمن كما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في «الكفاية[٧]». وفي «المسالك[٨]» أنّه موضع وفاق. وبالضمان

(١ و٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٠.

(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٥.

(٣ و٨) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٢ و١٧٤.

(٤) راجع ص ٤٧.

(٦) الغنية: كتاب الغصب ص ٢٨١، شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨، تذكرة الفقهاء: في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ س ٣٣، إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤، الدروس: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧، جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٥، مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٢، مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٨، كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٣٧.

(٧) كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٣٨.

أو السوم على إشكال،

صرّح في المقام في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦]» وقد تقدّم[٧] الكلام فيه مستوفىً عند الكلام على صيغة البيع. وقد جعلناه في أوّل باب الوديعة[٨] من الأمانة الشرعية وإن كان مقبوضاً من يد المالك. ولم أجد مَن تأمّل فيه في البابين وغيرهما سوى مولانا المقدّس الأردبيلي[٩]، قال: لأنّ دليله القاعدة المشهورة، وهي أنّ كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: إنّ ذلك غير واضح، وكذا «على اليد ما أخذت» قلت: القاعدة لا أجد فيها مخالفاً بل يأخذونها بطرفيها في أبواب العقود اللازمة والجائزة مسلّمة. وستسمع عن قريب كلامهم في استيفاء المنفعة الفاسدة.

قوله: ﴿أو السوم على إشكال﴾ ينشأ من أنّه بإذن المالك فيكون أمانة كالوديعة والأصل البراءة، ومن أنّ الإذن لا تقتضي الأمانة مع عموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[١٠] وقد قبض لمصلحة نفسه. قلت: الخبر ذو وجوه والخارج منه قد يكون كالداخل أو أضعافه، هذه العارية والمضاربة والشركة

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٧.
(٣) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٦.
(٤) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٥) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٥.
(٧) تقدّم في ج ١٢ ص ٤٨٣ ـ ٤٨٤.
(٨) تقدّم في ج ١٧ كتاب الوديعة ص ١٩٤ ـ ١٩٥ و ٣١٧.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.
(١٠) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٨٩ ح ٢٢.

والعين المرهونة والمستأجرة والموكّل عليها بجعل والوصيّ عليها كذلك ونحوها ممّا كان القبض فيها لمصلحة نفسه خارجة مستثناة غير مضمونة إجماعاً، لكنّ المشهور أنّه مضمون كما في «الإيضاح[١] والمسالك[٢] ومجمع البرهان[٣]» في المقام وباب البيع و«الروضة[٤]» في باب البيع أيضاً. ونسبه في «جامع المقاصد[٥]» في الباب المذكور إلى الأكثر، ذكروا ذلك في مسألة ما إذا اشترى عبداً موصوفاً ودفع البائع له عبدين ليتخيّر فأبق أحدهما. وهو خيرة غصب «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والشرائع[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] والإرشاد[١١]» وهو خيرة الأُستاذ الشريف[١٢] قدّس الله روحه وكان يستنهض عليه مع ذلك موافقة الاعتبار، قال: لو لم يكن مضموناً لتوصّل كثير من الناس إلى أكل المال بذلك، وهو معارض بالعارية وغيرها.

واختير عدم الضمان في «السرائر[١٣]» في موضع آخر، وهو البيع و«المختلف[١٤]

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩، وفي بيع الحيوان ج ٨ ص ٢٩٤.

(٤) الروضة البهية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٤٧.

(٥) جامع المقاصد: في بيع الحيوان ج ٤ ص ١٤٩.

(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٩.

(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩١.

(٨) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.

(٩) تذكرة الفقهاء: في بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣٢٨.

(١٠) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٦.

(١١) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(١٢) لم نعثر عليه.

(١٣) السرائر: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٣٥٠.

(١٤) مختلف الشيعة: المتاجر في بيع الحيوان ج ٥ ص ٣٢١.

والإيضاح[1] ومجمع البرهان[2]» وفي «المسالك[3] والكفاية[4]» أنّه متّجه، ولا ترجيح في «جامع المقاصد[5]».

قلت: قد عدّدناه في باب الوديعة من الأمانة الخاصّة المالكية، وهي كلّ عين حصلت في يدك بإذن المالك أو مَن قام مقامه أو بغير إذنه ثمّ علم بها ولم يطلبها، وقضية ذلك أن يكون غير مضمون، وهذه أيضاً قاعدة مشهورة معروفة عندهم، والشهرة المدّعاة على الضمان في المقبوض بالسوم لعلّها مأخوذة من أخذهم لذلك مسلّماً في مطاوي أبواب العقود، هذا المصنّف ـ وقد استشكل هنا ـ قد أخذه فيما يأتي قريباً، وفي عدّة مواضع من الكتاب وغيره مسلّماً. وقد تكون هذه الشهرة مأخوذة من الحكم بالضمان في ثمانية عشر كتاباً فيما إذا دفع بائع عبد موصوف عبدين ليتخيّر المشتري فأبق أحدهما، فإنّهم قالوا: إنّه يضمن الآبق بقيمته ويطالب بما اشتراه، وقد قال جماعة منهم الشهيدان[6] والكركي[7]: إنّ الحكم بالضمان مبنيّ على أنّ المقبوض بالسوم مضمون لا لخصوصية السوم، بل لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت» وقد حكم بالضمان هناك في «المختلف والإيضاح والمسالك ومجمع البرهان» وقد سمعت كلامهم في المقام وكذا غيره.

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.

(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٥.

(٤) كفاية الأحكام: في فروع الغصب ج ٢ ص ٦٣٨.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٥.

(٦) الشهيد الأوّل في اللمعة: في بيع الحيوان ص ١٢٠، والشهيد الثاني في الدروس: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٢٣٠، والروضة: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٩.

(٧) جامع المقاصد: في بيع الحيوان ج ٤ ص ١٤٩.

أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة،

قوله: ﴿أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة﴾ فإنّه يضمنها كما في «الشرائع[١] والإرشاد[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] وجامع‌المقاصد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧] والدروس[٨]» بأُجرة مثلها كما في الستّة الأُول. ولعلّه المراد من الأخيرين. ويحتمل أن يكونا أرادا أقلّ الأمرين منها ومن المسمّى. وهذا من باب المباشرة وليس من سنخ ما ذكر معه. وقال في «الخلاف[٩]»: المنافع تضمن بالغصب كالأعيان، واستدلّ عليه بقوله عزّوجلّ: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[١٠] قال: والمثل مثلان: مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة، فلمّا لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة. قال: وعلى المسألة إجماع الفرقة، وأخبارهم تدلّ على هذا، انتهى. وهو منطبق على ما نحن فيه.

وهل العين مضمونة بالاستيفاء؟ قال في «جامع المقاصد»: الّذي يلوح من كلامهم العدم، والّذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنّ التصرّف في العين غير جائز، فهو بغير حقّ، فيكون في حال التصرّف استيلاؤه عليها بغير حقّ، وذلك

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.
(٢) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الإجارة ج ٢ ص ٣٢٦ س ٤.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٦.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٥.
(٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧٥.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.
(٨) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(٩) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٢ مسألة ١١.
(١٠) البقرة: ١٩٤.

أو ألقى صبيّاً في مسبعةٍ أو حيواناً يضعف عن الفرار فـقتله السبع ضمن.

معنى الغصب، إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بالصحيحة منافٍ لذلك، فيقال: إنّه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقّاً، والأصل براءة الذمّة من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونة، وإنّما يضمن المنفعة خاصّة. ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأنّ استيلاءه بغير حقّ، وهو باطل[1]. وقد استوفينا فيه الكلام في باب الإجارة.

[فيمن ألقى صبيّاً أو حيواناً في مسبعة]

قوله: ﴿أو ألقى صبيّاً في مسبعةٍ أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن﴾ كما في «الشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]» واستظهر في «الكفاية[9]» أن لاخلاف في ذلك. وبالأوّل صرّح أيضاً في ديات «المبسوط[10] والشرائع[11] والإرشاد[12]» وغيرها[13] للتسبيب مع ضعف المباشر، فإنّ إلقاء الصبيّ الّذي يضعف

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٦.
(٢ و١١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٧.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٥.
(٥ و١٢) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٧ و١٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٨.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٧.
(٩) كفاية الأحكام: الغصب في موجبات الضمان ج ٢ ص ٦٣٧.
(١٠) المبسوط: الديات في الجراح ج ٧ ص ١٨.

عن التحرّز عن السبع سبب تامّ في هلاكه، والسبع لا يحال عليه في الضمان، فلا معارض للسبب. واستند في «التذكرة[1]» إلى أنّه قصد الإتلاف بالنقل. وهو يرجع إلى التسبيب الّذي يقضي بدخوله تحت العمد، فيوجب القصاص.

واحترزوا بالصبيّ عن الكبير الّذي يمكنه التحرّز عادةً، فإنّه لا يضمنه بإلقائه لو اتّفق إتلاف السبع له، لأنّ ذلك لا يعدّ سبباً في حقّه[2].

والظاهر أنّه لا فرق في الصبيّ بين غير المميّز والمميّز الضعيف عن التحرّز. ويلحق به مَن به خبل أو جنون أو بلغ بالكبر مرتبة الصغير على احتمال قويّ كما في «مجمع البرهان[3]» وغيره[4].

واُلحق بالمسبعة المضيعة كمعيشة وكمسبعة في قول، وهي المفازة، وهو في محلّه. وهو خيرة «الإيضاح[5] وجامع المقاصد[6]» وقد استشكل فيه المصنّف في غصب «التذكرة[7]» وما يأتي من الكتاب. والشيخ في «المبسوط[8]» قال: بعدم الضمان وعدم الإلحاق.

وأمّا إلقاء الحيوان الّذي يضعف عن الفرار في المسبعة والمضيعة فالوجه فيه ظاهر، لأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه. ومثله العبد الصغير. وقد يكون داخلاً تحت الحيوان. ولا يخفى ما في وصف الحيوان بضعفه عن الفرار وإن أرادوا بيان التسبيب.

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٦ س ٧.

(٢) التحرّز عن السبع بالنسبة إلى الكبير منوط بكيفية السبع الملقى إليه الكبير وبقدرة الكبير نفسه، فلايمكن الحكم بالضمان بنحو الإطلاق كما لا يمكن الحكم بعدمه بنحو الإطلاق، ومع ذلك لا يبعد الحكم بالضمان لو كان الإلقاء سبباً للتلف مطلقاً لأنّ العرف في مثل ذلك حاكم بسببية الملقي للتلف، بل العرف وسيرة العقلاء يحكمان فيما سيأتي في جميع الفروع الآتية بسببية المكلّف بالنسبة إلى تلف المال وأنّه ممّن أتلف مال غيره إلّا فيما نصّ الدليل على استثنائه.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٧.

(٤) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٩.

(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٤.

(٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

هذا وشيخنا صاحب «الرياض[١]» جعل في باب الديات ما نحن فيه ـ أعني ما إذا ألقى الصغير في مسبعة ـ من سنخ ما إذا غصبه غاصب فمات بلدغ حيّة أو افتراس أسد ونحو ذلك ممّا ليس هو من قِبل الله سبحانه، فاستظهر في الجميع عدم الضمان أو التردّد.

وأنت خبير بظهور الفرق بين المسألتين، إذ المفروض في الثانية أنّه غصبه ووضعه في غير المسبعة فاتّفق أن افترسه الأسد، ولهذا كان المشهور في هذه عدم الضمان كما في «المسالك[٢]» كما يأتي بيان الحال. والمشهور فيما نحن فيه الضمان بل لا خلاف فيه، بل قد اختار جماعة كالشيخ في «المبسوط[٣]» في أحد قوليه والمصنّف والشهيد[٤] والمحقّق الثاني[٥] وغيرهم[٦] الضمان أيضاً في مسألة الغصب، وقوّاه في «الخلاف[٧]» بعد أن نسبه إلى أبي حنيفة، بل قد يلوح من «حواشي الشهيد[٨]» في مسألة الظئر أنّه إجماعي، قال ما نصّه: من قواعد الفقهاء أنّ الحرّ لا يضمن بإثبات اليد، إذ لا أثر لليد في غير المال. واستثني من هذه القاعدة ثلاث مسائل: مسألة الظئر، ومسألة المنادي وغيره ليلاً فخرج، ومسألة تلف الصبيّ المغصوب بتلف الغاصب كلدغ الحيّة، وهو قويّ جدّاً ولا سيّما إذا قصد إتلافه، بل في «جامع المقاصد[٩]» أنّه إذا قصد توقّع التلف بغصبه وقطعه عمّن يعتني به ضمنه إجماعاً.

وينبغي التأمّل في هذا الإجماع، مع أنّ المشهور عدم الضمان من غير تفصيل. ولعلّ الوجه في ذلك أنّه سبب للإتلاف وقاصد له، فكان كالقاصد للقتل بالنادر

(١) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.
(٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٨.
(٣) المبسوط: الديات في الجراح ج ٧ ص ١٨.
(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٥ و ٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٤ و ٢٢١.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٣.
(٧) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٢١ مسألة ٤٠.
(٨) لم نعثر عليه في مظانّه في الحاشية النجّارية.

ولو فتح باباً على مالٍ فسرق أو دلّ سارقاً أو أزال قيداً عن عبدٍ عاقلٍ فأبق لم يضمن.

كـالإبرة والخزفة، لأنّه لا يعلم أنّه أضرّه إلّا بالقصد كـمـا تقدّم، فليتأمّل. والصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها له أكثري، فلا يـبعد أن تـخصّص القاعدة بعدم ضمان الحرّ بذلك كما خصّصت بالظئر والمخرج لغيره من منزله ليلاً، لكنّ ظاهر الشهيد أنّه مستثنى بالإجماع أو غيره لا لمكان التسبيب وإلّا لاستثني كلّ تسبيب وما خصّ ذلك بالذكر، فـليلحظ، أو نـقول: إنّ القـاعدة إنّـما تـثبت بالإجماع، ومعقده إنّما هو عدم ضمان الكبير والصغير المغصوب الّذي كان تلفه بالموت الطبيعي، فتأمّل، وتمام الكلام في باب الديات.

[فيمن فتح باب مال أو دلّ سارقاً أو أزال قيداً]

قوله: ﴿ولو فتح باباً عـلى مـالٍ فسرق أو دلّ سـارقاً أو أزال قـيداً عـن عـبدٍ عـاقلٍ فـأبق لم يـضمن﴾ أمّا أنّـه لا يـضمن فـي المسـألة الأُولى فـقد صـرّح بـه فـي «الشـرائـع[1] والنـافع[2] والتـذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والتـبصرة[6] والدروس[7] وجـامع المـقاصد[8] والمسـالك[9]

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨. (٢) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ٣٩.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.
(٥) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٦) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.
(٧) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٦.
(٩) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧١.

ومجمع البرهان[١] والكفاية[٢]» وفي الأخير أنّه المشهور، وليس في محلّه، لأنّه لامخالف فيه قبله ممّن تعرّض له. ووجهه أنّه لم يوجد منه إثبات اليد على مال ولامباشرة إتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به.

وحكى شيخنا في «الرياض[٣]» عن خاله مولانا الأُستاذ الشيخ محمّدباقر رضي الله تعالى عنه أنّه قال بالضمان أو مال إليه، لأنّ قوّة المباشر لا ترفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو نفي الضرر والإضرار، فلا يمتنع الحكم بضمانهما معاً وتخيير المالك في الرجوع على أيّهما شاء كما هو الشأن في الأيدي المترتّبة على الغصب. وفي «الرياض» لولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بالضمان في غاية الحسن. قلت: قد سمعت ما قضى به تتبّعنا وما في «كشف اللثام[٤] ومجمع البرهان[٥]» من أنّ المباشر يقدّم على السبب.

وأمّا المسألة الثانية فعدم ضمانه فيها خيرة «الشرائع[٦] والنافع[٧] والتذكرة[٨] والدروس[٩] وغاية المراد[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢]». وفي «الكفاية[١٣]» أنّه المشهور. وفي «المسالك[١٤]» أنّه ظاهر الأصحاب وخلاف الإرشاد نادر. وقال

(١ و٥) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٠.
(٢ و١٣) كفاية الأحكام: الغصب في موجبات الضمان ج ٢ ص ٦٣٧.
(٣) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٦.
(٤) كشف اللثام: في رجوع الشاهد ج ١٠ ص ٣٧٨.
(٦) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.
(٧) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.
(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ٣٩ ـ ٤٠.
(٩) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(١٠) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٢.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٦ ـ ٢١٧.
(١٢ و١٤) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٧١.

في «غاية المراد» قد تصفّحت كتب أصحابنا فلم أجد أحداً قال بالضمان في هذه الصورة إلّا المصنّف في هذا الكتاب ـ يعني الإرشاد ـ وحكم في التحرير بالضمان فيها ثمّ استشكله. وقد نصّ نجم الدين والمصنّف في باقي كتبه على عدم الضمان[1]. قلت: لم يتعرّض له أحد قبل المحقّق فيما أجد، بل لو وجد الشهيد غيره ممّن تقدّم عليه لذكره، وهو شاهدٌ بصحّة تتبّعنا، ولم يذكر هذه الصورة في التبصرة مع أنّه ذكر الصورة الأُولى. وفي «جامع المقاصد[2]» أنّ المصنّف في الإرشاد مخالف لجميع الأصحاب على ما يظهر من شرح الإرشاد، وأنّ قول الإرشاد لاينطبق على اُصول مذهبنا. وفي «الرياض» أنّ الإجماع ظاهر كما تقدّم.

قلت: الكلّ قد عوّلوا على الشهيد، وقد عرفت أنّ المصرّح بالعدم قبله اثنان لاثالث لهما، بل أحدهما في أحد أقواله. نعم قد يظهر ذلك من فخر الإسلام كما ستسمع. فكان قول الأُستاذ بالضمان في هذه الصورة أيضاً كما في «الإرشاد» غير مخالف للإجماع كما استظهره ابن أخته. ولو كان الحكم بالعدم إجماعيّاً لجزم به في «الدروس» وما قال على الأقوى. والمقدّس الأردبيلي قال بالضمان أو مال إليه. وقد عرفت أنّه استشكل في «التحرير» وقد فسّر فخر الإسلام[3] عبارة الإرشاد بما إذا كان مستأمناً فدلّ السرّاق على أمانته، وهو كما ترى، ولو كان كذلك لما كان للاستشكال في التحرير وجه.

هذا، وشيخنا صاحب «الرياض» يستظهر في مسألة العبد كما يأتي أنّها ليست محلّ إجماع من تردّد صاحب الكفاية فكيف يستظهر هنا الإجماع مع مخالفة هؤلاء؟!

وليعلم أنّ هذه المسألة لمّا كان احتمال قوّة السبب فيها على المباشر قائماً

---

(١) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٢.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٧.

(٣) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٥ س ٣١.

كانت خلافية بخلاف الأُولى فإنّه لا مجال فيها لهذا الاحتمال، فنزاع الأُستاذ في الأُولى في أصل القاعدة ونزاع المصنّف في «الإرشاد» في خصوص الفرض.

وأمّا المسألة الثالثة فقد نصّ فيها على عدم الضمان أيضاً في «الشرائع[1] والنافع[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] وجامع المقاصد[5]» وقيد في «التذكرة[6] وجامع المقاصد والكفاية[7]» بما إذا لم يكن آبقاً. قال في «التذكرة»: وإن لم يكن آبقاً فلا ضمان، وإن كان آبقاً ففي الضمان إشكال من حيث استناد فعله إليه فكان مباشراً، ومباشرته معتبرة، لأنّه عاقل بخلاف المجنون، ومعناه أنّه يقدر على منع نفسه من الإباق المحرّم، فلو فات شيء من العين أو المنفعة فهو مستقلّ به مباشر له، ومن حيث إنّ المالك قد اعتمد ضبطه فإطلاقه إتلافٌ عليه ـ أي فكان كحلّ المجنون والبهيمة ـ ومعناه أنّه لو لم يفكّه لم يقع ما وقع من التلف، إذ لا شكّ في صدق السببية، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحقّ منه، وكونه قادراً على التحفّظ مع عدمه لا ينفع. وهذا أقوى لمكان التسبيب كما يأتي في غصب الحرّ الصغير مع صدق التصرّف في مال الغير، لأنه بهذه العادة قد أشبه الدابّة ونحوها. وفي «جامع المقاصد[8]» أنّ الأوّل لا يخلو عن وجاهة، ولعلّه يتأمّل في التصرّف والسببية. وقال في «الدروس[9]»: لو فتح باباً على عبدٍ محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ، ونقل عن كلّ العامّة عدم الضمان. ولا فرق بين كونه عاقلاً أو مجنوناً آبقاً أو غير

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٨.

(٢) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.

(٤) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(٥ و٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٧ و٢١٥.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ٣٥.

(٧) كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٣٧.

(٩) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.

ولو حفر بئراً في غير ملكه،

آبق بالغاً أو صبيّاً، انتهى. وكأنّه متردّد في المسألة إذا كان الفتح مثل الفكّ، ولعلّه غيره.

[فيمن حفر بئراً في غير ملكه]

قوله: ﴿ولو حفر بئراً في غير ملكه﴾ أي ضمن وهذا يشمل ما إذا حفر في طريق مسلوك أو في ملك الغير فقط أو المشترك. وقد طفحت بذلك عباراتهم في باب الديات وباب الغصب. وبالأوّل صرّح في ديات «المقنعة[1] والمراسم[2]» وبه، وبالثاني صرّح في ديات «المبسوط[3] والغنية[4] والسرائر[5] والشرائع[6] والتحرير[7] والإرشاد[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10]» وبالأخير صرّح أيضاً في غصب «الشرائع[11]» أيضاً وما ذكر الآن بعدها مع زيادة «التذكرة[12] والدروس[13]» وظاهر ديات «الغنية[14]» الإجماع فيهما مع زيادة الملك المشترك.

(١) المقنعة: في الديات باب ١٣ ص ٧٤٩.
(٢) المراسم: في الديات ص ٢٤٢.
(٣) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٦١ ـ ١٦٢.
(٤ و١٤) غنية النزوع: في الديات ص ٤١٠.
(٥) السرائر: في الديات ج ٣ ص ٣٧٠.
(٦) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٤.
(٧) تحرير الأحكام: في الديات ج ٥ ص ٦٣٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في الديات ج ٢ ص ٢٢٦.
(٩) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٣٦٠.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الديات ج ١٤ ص ٢٥٨.
(١١) شرائع الإسلام: في الغصب ج ٣ ص ٢٣٧.
(١٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ س ٢١ ـ ٢٩.
(١٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

وإطلاقهم في الأخير يشمل ما إذا كان المتردّي المالك أو غيره دخل بإذن المالك أم لا ويشمل ما إذا كانت البئر مكشوفة أو مغطّاة.

وقد خلت جملة من عباراتهم في الأوّل عن التقييد بعدم مصلحة المسلمين «كالمقنعة والمراسم والغنية والسرائر» وقضيّة ذلك أنّه يضمن وإن كان فيه مصلحة كما صرّح به في «الإيضاح[1]» لكن الشيخ[2] والمصنّف[3] والشهيدالثاني[4] والمولى الأردبيلي[5] نفوا الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين العامّة كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك. واستحسنه المحقّق[6] وقد يلوح من «السرائر[7]».

وإطلاق الأخبار مع ما فيها من العموم اللغوي وترك الاستفصال يقضي بالضمان مطلقاً حتّى في السببية الغير الغالبة. ففي خبر السكوني[8]: «مَن حفر بئراً في طريق المسلمين» وفي خبر زرارة[9]: «مَن حفر بئراً في غير ملكه» وفي الموثّق[10]: «ما حفر في الطريق أو في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيه» والمستفاد من هذه الأخبار أنّ التعدّي موجب للضمان، فدلالتها على الحافر في المشترك لصدق تعدّيه بالحفر مع إطلاق الفتاوى بضمان المتعدّي بالحفر، واحتمال تعدّيه بجميع الحفر وإن كان شريكاً مبنيّ على توقّف الاجتناب عن الحفر في غير ملكه عليه في ملكه من باب المقدّمة، ويحتمل أنّه يضمن النصف مطلقاً، ويحتمل

---

(١) إيضاح الفوائد: في الديات ج ٤ ص ٦٦٢.

(٢) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٨٦.

(٣) إرشاد الأذهان: في الديات ج ٢ ص ٢٢٦.

(٤) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٣٦٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الديات ج ١٤ ص ٢٥٨.

(٦) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٤.

(٧) السرائر: في الديات ج ٣ ص ٣٧٠.

(٨) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٨٢.

(٩ و ١٠) المصدر السابق: ب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١ و٣ ج ١٩ ص ١٧٩ و ١٨٠.

أو طرح المعاثر في المسالك أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابّة وإن لم يكن هناك غصبٌ ضمن.

ضمان النصف إن كان الشريك واحداً، أو الثلث إن كان اثنين، وهكذا. وقد استوفينا الكلام في المسألة وأطرافها في باب الديات بما لا مزيد عليه.

[فيمن طرح المعاثر في المسالك]

قوله: ﴿أو طرح المعاثر في المسالك﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» والمعاثر جمع معثرة كالدكّة والقمامات كقشور البطّيخ ونحوها. وبالضمان في الأخير صرّح في ديات «المبسوط[5]» وغيره[6]. وخصّص الضمان في «الشرائع[7] والتحرير[8] والإرشاد[9]» بمن لم يرِ القمامة. والأصل في ذلك عموم صحيح الحلبي[10] والكناني[11]: «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن» وأنّه سبب، وأنّ الطريق لم يوضع لذلك، فيكون وضعها مشروطاً بالسلامة. وقد استوفينا الكلام في المسألة وأطرافها في باب الديات.

قوله: ﴿أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابّة وإن لم يكن

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٧.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ س ٢٣.
(٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٧.
(٥) المبسوط: الديات ج ٧ ص ١٨٩.
(٦) رياض المسائل: في موجبات ضمان الدية ج ١٤ ص ٢٢٥.
(٧) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٦.
(٨) تحرير الأحكام: في الجنايات ج ٥ ص ٥٤٠.
(٩) إرشاد الأذهان: في الديات ج ٢ ص ٢٢٧.
(١٠ و ١١) وسائل الشيعة: ب ٩ و ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١ و ٢ ج ١٩ ص ١٨١ و ١٧٩.

ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره أو أجّج ناراً فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه أو غلبة ظنّه بالتعدّي إلى الإضرار فيضمن.

هناك غصبٌ ضمن﴾ لو أتلف منفعةً كسكنى الدار وركوب الدابّة ضمن ما أتلفه قطعاً كما في «جامع المقاصد[1]» وإتلاف المنفعة بمعنى استعمال عينها واستيفاء منفعتها، قال في «التذكرة[2]»: منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدّةً ولا يستعملها عند علمائنا أجمع. وبه طفحت عباراتهم في باب الإجارة في مسألة إجارة الدراهم والدنانير.

والحاصل: أنّ ضمان المنفعة إذا أتلفها بمعنى استعمل العين واستوفى منافعها ممّا لا ريب فيه حتّى في منفعة الحرّ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ويتصوّر إتلاف المنفعة وإن لم يكن غاصب العين فيما إذا آجره داره أو دابّته ثمّ غصبها منه واستوفى المنفعة، وفيما إذا دخل الضعيف على القوي في داره أو ركب الضعيف مع القوي دابّته، فإنّ الغصب غير متحقّق، لانتفاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة.

[فيمن أرسل ماءً أو أجّج ناراً فأتلف مال غيره]

قوله: ﴿ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره أو أجّج ناراً

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨١ س ٣٤.

فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً[1] مع علمه أو غلبة ظنّه بالتعدّي إلى الإضرار فيضمن﴾ حاصله: أنّه لابدّ في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه بالتعدّي أو غلبة ظنّه به. وهو خيرته في باب الديات من الكتاب في أحد الوجهين كما ستسمع، وخيرة «الإرشاد[2] والشرائع[3]» في البابين و«جامع المقاصد[4] وتعليق الإرشاد[5] والكفاية[6]» وكذا «مجمع البرهان[7]» في موضعين منه، لكن في بعضها التعبير بالظنّ دون غلبته، ولعلّهما بمعنى اصطلاحاً. وفي «الكفاية[8]» أنّه ـ أي الضمان ـ إذا اجتمع الأمران المقطوع به في كلامهم ولايعرف فيه خلافاً. وفي «المسالك[9]» أنّه لا شبهة فيه. وقضية كلامهم أنّه لايضمن مع أحد الأمرين. ووجهه أنّه فعل مأذون فيه شرعاً، لأنّه له أن يتصرّف في ماله كيف شاء فلا يتعقّبه ضمان، ولا يعدّ ذلك تفريطاً حيث لم يتجاوز حاجته إذا ظنّ ولم يظنّ التعدّي إذا تجاوز مع أصالة البراءة من الضمان.

واختير الضمان بأحد الأمرين: تجاوز الحاجة أو ظنّ التعدي في «التحرير[10] واللمعة[11]» في الموضعين لتحقّق السببية الموجبة له. ونحوه ما في «الكفاية[12]» أيضاً من اعتبار الظنّ القويّ. واعتبر في «الدروس[13]» أحد أمرين: إمّا تجاوز قدر

---

(١) الظاهر لزوم كلمة «ولو» في المقام.

(٢) إرشاد الأذهان: في الديات ج ٢ ص ٢٢٧ وفي الغصب ج ١ ص ٤٤٥.

(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٧، وفي الدية ج ٤ ص ٢٥٦.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٨.

(٥) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الديات ص ٥٩٥.

(٦ و٨ و١٢) كفاية الأحكام: الغصب في موجبات الضمان ج ٢ ص ٦٣٦.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٢ وفي الديات ج ١٤ ص ٢٧١.

(٩) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٦.

(١٠) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٥.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥، وفي الديات ص ٣٠٠.

(١٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.

الحاجة أو العلم بالتعدّي، ولم يكتف بالظنّ، ولم يعتبر الهـواء، فـمتى عـلمه وإن لم يكن هواء ضمن وإن لم يزد عن حاجته، فبينه وبين اللـمعة مـغايرة. وخـيرة الدروس هو ظاهر كلام «المبسوط [1]».

وعنه ـ أي الشهيد [2] ـ في بعض فتاواه أنه اعتبر في الضمان أحد أُمور ثلاثة: مجاوزة الحاجة، أو عصف الريح، أو غلبة الظنّ بالتعدّي.

وقد أُطلق في «المقنعة [3] والنهاية [4] والمبسوط [5] والسرائر [6]» أنه إذا أشعلها في ملكه فحملتها الريح إلى غيره فأحرقت فلا ضمان، فلابدّ من تنزيله على مـا إذا عصف الهواء بغتةً بعد الإشعال.

وقال في غصب «مجمع البرهان»: دليـل الضـمان مـع التـجاوز عـن قـدر الحـاجة مـع العـلم أو الظـنّ بـالتعدّي والقـدرة عـلى العـدم والمـنع العـقل والإجماع والسببية مع عدم العذر، وكذا عدم الضمان مـع انـتفاء الجـميع. وأمّـا إذا انتفى البعض ففي بعض أفراده تأمّل، وهو ما إذا كـان قـادراً وعـالماً، ولكـن ما تجاوز عن قدر الحاجة [7].

قلت: لعلّه لاريب في الضمان إذا عـلم التـعدّي فـترك قـطعه اخـتياراً وإن كان فعله بقدر حاجته، لأنّ ترك قـطعه مـع عـلم بـتعدّي وقـدرته عـلى قـطعه تعدٍّ محض، فليتأمّل. وعبارة «الكـتاب [8]» فـي الديـات هـذه وإن كـان الهـواء

(١ و ٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٣.
(٢) كفاية الأحكام: الغصب في موجبات الضمان ج ٢ ص ٦٣٦.
(٣) المقنعة: في ضمان النفوس ص ٧٤٨.
(٤) النهاية: في الديات ص ٧٦١.
(٦) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٢.
(٨) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٥٦.

عاصفاً ولا حائل أو أجّج أكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظنّ بالتجاوز ضمن. ونحوها ما في غصب «التذكرة[1]». وظاهرها أنّه لو أجّج قدر الحاجة وكان الهواء عاصفاً بمعنى غلب على ظنّه التعدّي لمكان عصف الهواء ضمن، فإن كان قد أجّج أكثرَ من قدر الحاجة مع غلبة الظنّ لمكان عصف الريح وعدم الحائل كان أولى بالضمان. وكان يغني عن ذلك كلّه أن يقول: يكفي غلبة الظنّ بالتجاوز.

ويمكن أن يكون مراده أنّه لو أجج أكثر من قدر الحاجة والريح عاصف ضمن وإن لم يغلب على ظنّه التعدّي بأن غفل عنه ولم يتنبّه له، لأنّه يكفي في الضمان قضاء العادة، لأنّ عصف الريح في معنى الظنّ وحكمه كما صرّح به في «المسالك[2]» ونبّه عليه في «اللمعة[3] والروضة[4]». وحينئذٍ فلابدّ من ذِكر الشقّ الثاني، ويكون المراد أنّه لو أجّج أكثر من قدر الحاجة وغلب على ظنّه التجاوز من عصف ريحٍ أو غيره ضمن، وإن لم يغلب على ظنّه لا يضمن، إلّا أن يكون الهواء عاصفاً وتقضي العادة بالتعدّي فيضمن وإن لم يغلب على ظنّه كأن غفل عنه. فيكون مختاره أنّه لابدّ في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع ظنّ التعدّي كما أشرنا إليه آنفاً. وقد استوفينا الكلام في المسألة وأطرافها في باب الديات، لأنّه كتب قبل هذا.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٢١.

(٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٦.

(٣) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

(٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٣٤.

ولو غصب شاةً فمات ولدها جوعاً أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتّفق تلفها أو غصب دابّة فتبعها الولد ففي الضمان نظر.

[فيمن حبس المال أو منفعته فأتلف]

قوله: ﴿ولو غصب شاةً فمات ولدها جوعاً أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتّفق تلفها أو غصب دابّة فتبعها الولد ففي الضمان نظر﴾ كما في «الشرائع[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والكفاية[4] وكذا «الإيضاح[5]» لأنه لاترجيح فيه. وكذا «التذكرة[6]» لأنه استشكل في الفرع الثاني ولم يذكر الآخرين ولم يذكر في «اللمعة[7]» إلّا الأخير من دون ترجيح. وقرّب في «الدروس[8]» فيه الضمان. وفي «الروضة[9]» أنّه أقوى.

وفي «غاية المراد[10]» النظر في هذه الثلاث ينشأ من عدم الاستقلال فلا يتحقّق الغصب، ومن أنه سبب في إتلافها، إذ لولاه لم يتحقّق التلف وإن كان لعلّةٍ أُخرى خارجة، أي والضمان ليس منحصراً في الغصب. ونحوه ما في «جامع المقاصد[11] والمسالك[12]» ثمّ قالا: والأولى أن يقال: منشأ النظر الشكّ في كونه

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٧.
(٢) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٥.
(٣) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.
(٤) كفاية الأحكام: الغصب في موجبات الضمان ج ٢ ص ٦٣٧.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٧.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٣.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤. (٨) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(٩) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٥. (١٠) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٤.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٨.
(١٢) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٩.

سبباً في التلف وعدمه، لانتفاء المباشرة للإتلاف والغصب. قلت: إذا شكّ في السببية روعي أصل البراءة. وقال في «المسالك[1]»: منشأ الشكّ في السببية مبنيّ على تعريف السبب، فعلى تفسيره بأنه ما لولاه لما حصل التلف لكن علّة التلف غيره فالسببيّة متحقّقة، إذ لولا غصب الأُمّ لما مات عادةً، وإن فسّر بإيجاد ما يحصل التلف عنده بعلّةٍ أُخرى إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة توقّف ثبوت سببيّته على قصد الغاصب ذلك. وهذا ما حكيناه عنه فيما سلف[2]. وفيه نظر ظاهر، وكأنه أخذه ممّا ستسمعه عن جامع المقاصد، ولعلّه ليس به وستسمع ما فيه.

وكيف كان، فهو مخالف لما في الإيضاح، قال في «الإيضاح»: ينشأ النظر في الأوّل من أنه مات بسببه لصحّة إسناده إليه عرفاً، ولأنّ السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلّة سواه. وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثّرت العلّة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو بسبب ولا يمكن اعتياضه بغيره، فهو أعمّ فليس بسبب[3]. قلت: هذا ما حكيناه عنه عند تعريف السبب من ثمرة الاختلاف في التعاريف، وقد تأمّلنا فيه هناك[4]. وقال: ولأنه لا يد له عليه ولا مباشرة، فلا ضمان، وهذا هو منشأ النظر في الباقين. وأيضاً ينشأ في الثاني من أنه تصرّف في المالك لا في المال، ومن حيث إنّه سبب عرفاً. وأمّا في الثالث فمن حيث إنّه سبب لحدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد إلى أُمّه طبعاً، فهو سبب، ومن الشكّ في كونه سبباً شرعيّاً في الضمان والأصل البراءة، انتهى[5].

وفيه: أنّه إذا كان سبباً عرفاً كان ضامناً، إلّا أن يقال: إنّ السبب العرفي مبنيّ

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٩.
(٢) تقدّم نقل كلامه في ص ١٨.
(٣ و ٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٧.
(٤) تقدّم في ص ١٨ ـ ١٩.

ولو منع غيره من إمساك دابّته المرسلة فتلفت أو من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن.

على التعريف الأوّل والسبب الشرعي مبنيّ على التعريف الثاني، فإنّه لا يكون السبب سبباً شرعاً إلّا إذا كان تأثير العلّة متوقّفاً عليه. ونحن نشكّ في توقّف حدوث ميل الولد إلى أُمّه على غصبها.

وقال بعدم الضمان فخر الإسلام في «شرح الإرشاد[1]» في المسائل الثلاث وضمنه في «تعليقي الإرشاد[2]» فيهنّ. وفي «المسالك[3]» أنّه أصحّ مع استناد التلف إلى فعل الغاصب. وفي «مجمع البرهان[4]» أنّه ظاهر إذا علم أنّ التلف بالسبب. وقال في «جامع المقاصد[5]» بعد ما حكيناه عنه آنفاً: والتحقيق أن يقال: إن قصد توقّع العلّة في التلف بغصب الشاة والدابّة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقّعاً فالضمان لازم لضعف المباشر.

قلت: إذا كان السبب من شأنه أن يقصد لتوقّع تلك العلّة كما بيّنّاه فيما سلف فلا حاجة لقصد الغاصب أصلاً، إذ حفر البئر قد لا يقصد به الحافر توقّع العلّة الموجبة للتلف ولا قصدها أكثري، مع أنّه يضمن قطعاً كما نصّ عليه هو فيما مضى. ومثل حبس المالك عن حراسة ماشيته حبسه عن سقي زرعه ونخيله حتّى فسد.

قوله: ﴿ولو منع غيره من إمساك دابّته المرسلة فتلفت أو من

---

(١) شرح الإرشاد: في الغصب ص ٦٦ س ٢.

(٢) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٣، وحاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الغصب ص ٤٧٥.

(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢١٨.

ولو مدّ بمِقوَد دابّة فقادها ضمن، إلّا أن يكون المالك راكباً قادراً،

القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن﴾ قد تقدّم الكلام[1] في المسائل الثلاث عند قوله: ولايكفي رفع اليد.

قوله: ﴿ولو مدّ بمِقوَد دابّة فقادها ضمن، إلّا أن يكون المالك راكباً قادراً﴾ كما في «جامع المقاصد[2] والمسالك[3] والكفاية[4]» وهو معنى قوله في «الإرشاد[5]»: ضمن، إلّا أن يكون المالك راكباً إلّا مع الإلجاء، إذ معناه إلّا أن يكون المالك ملجأ غير قادر على دفعه بوجه، ومعنى قوله في «الدروس[6]» لو مدّ بمقود دابّة وصاحبها راكبها فلا استقلال إلّا مع ضعفه عن المقاومة. وزيد في «اللمعة[7] والروضة[8]» على ما في الكتاب الوصف بكونه مستيقظاً. واقتصر في «الشرائع[9]» على كونه راكباً ولم يقيّده بكونه قادراً، ولعلّه نظر إلى الغالب. وفي «المبسوط[10]» لو مدّ زمام الناقة من مكانٍ إلى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها، لأنّه لم تزل يده عنها، ولم يقيّده أيضاً بالقادر.

---

(١) تقدّم في ص ١٩ ـ ٢٣.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٠.

(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٤.

(٤) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٤.

(٥) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٦) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.

(٨) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٣.

(٩) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٥.

(١٠) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٣.

ووجه الضمان في المستثنى منه أنّه إذا مدّ بمقودها وقادها تحقّق استيلاؤه عليها واستقلاله بها فيضمن ولو كان مالكها حاضراً عندها لكنّه غير مثبت يده عليها. وكذلك الحال لو ساقها قدّامه بحيث صار مستولياً عليها، لكونها تحت يده ولا جماح لها، لتحقّق معنى الغصب فيه.

ووجه العدم في المستثنى عدم استقلاله بها واستمرار يد المالك عليها، لكن قد تقدّم[١] أنّه إذا دخل الدار قهراً مع مالكها أنّه يضمن النصف، وبه صرّح الأكثر[٢]. وقال في «التنقيح[٣]»: لا فرق بين المسألتين. وهو ـ أي عدم الفرق ـ ظاهر «النافع[٤] وشرح الإرشاد[٥]» لفخر الإسلام حيث جعلا في مسألة الدار قولين كما تقدّم بيان ذلك كلّه، فينبغي أن يضمن هنا النصف أو إبداء الفرق، إلّا أن تقول: إنّ القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف ولا ربع، لأنّ الراكب أقواهما يداً وأكثرهما تصرّفاً، ولهذا لم يحكم له بها كما هو المختار، لكن يجب على المحقّق الثاني[٦] والشهيد الثاني[٧] حيث رجّحا في الصلح أنّها بينهما نصفين تبعاً «للخلاف[٨]

(١) تقدّم في ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٢) كالشيخ في المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٣، والمحقّق الآبي في كشف الرموز: ج ٢ ص ٣٨٠، والعلّامة في التذكرة: ج ٢ ص ٣٧٧ س ٢٣، والتحرير: ج ٤ ص ٥٢١ والشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: في الغصب ج ٣ ص ١٠٦، واللمعة الدمشقية: ص ٢٣٤، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢١، وابن فهد في المقتصر: في الغصب ص ٣٤١، والسيوري في التنقيح: في الغصب ج ٤ ص ٦٦.

(٣) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٦.

(٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.

(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٦ س ٥.

(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٠.

(٧) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٩٧.

(٨) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٦ مسألة ٥.

والسرائر[١]» أن يقولا هنا بأنه يضمن النصف. وقال الثاني في باب الديات: إنّ جنايتها بيدها على الراكب والقائد بالنصف[٢]، بل يمكن فيما نحن فيه ادّعاء قوّة يد القائد هنا بحيث تساوي يد الراكب، لأنّه قادها، والمفروض في باب الصلح والقضاء أنه قابض لجامها، فتأمّل جيّداً.

ووجه الضمان فيما إذا كان المالك الراكب غير قادر أنّ الآخذ مستولٍ قاهر، فيد المالك كالعدم، فكان غاصباً وظالماً. وقد تأمّل فيه المقدّس الأردبيلي[٣]، لأنّ المالك أيضاً متصرّف، ولهذا يحكم له باليد. وقد تقدّم مثله في الداخل على ساكن الدار الّذي يضمحلّ بضعفه من غير إزعاجه.

هذا، ولو اتّفق تلفها بقودها حيث يكون الراكب قادراً قويّاً على الدفع ضمنها كما في «التحرير[٤] وجامع المقاصد[٥] والروضة[٦]» لأنّه جانٍ عليها. وفي «مجمع البرهان[٧]» أنّه لا شكّ فيه. وهل يضمن منفعتها لو لم تتلف؟ احتمالان، وقد قوّى الضمان في «الروضة[٨]» وكأنه مال إليه في «جامع المقاصد[٩]» لأنّ منافع غير الحرّ تضمن بالفوات وقد باشر فواتها. وقد تأمّل في «مجمع البرهان[١٠]». وقال في «جامع المقاصد[١١]»: لو ساق الدابّة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن. قلت: ينبغي أن يفرض أنّه غير قادر عليها فيضمن حينئذٍ، لأن كان سَوقه سبباً، وأمّا إذا كان قادراً عليها فإنّه يكون غاصباً لها ضامناً لها على كلّ حال ولا حاجة إلى جعل سَوقه سبباً.

---

(١) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٧.
(٢) الروضة البهية: في الديات ج ١٠ ص ١٦٣.
(٣ و٧ و١٠) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٩.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(٥ و٩ و١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٠.
(٦ و٨) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٣.

ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد والسوم.

[في ضمان حمل الغصب]

قوله: ﴿ويضمن حمل الغصب﴾ كما في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والتبصرة[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] والمسالك[٨] والروضة[٩] ومجمع البرهان[١٠] والكفاية[١١]» لأنّه مغصوب كالحامل والاستقلال عليه باليد حاصل بالتبعية لأُمّه.

قوله: ﴿لا حمل المبيع بالفاسد﴾ كما في «الدروس[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] والروضة[١٥]» وكذا «مجمع البرهان[١٦]» ولعلّه قضية كلام الباقين إلّا مَن ستعرفه، لأنّه ليس مبيعاً فيدخل في البيع، فيكون أمانةً في يد المشتري لأصالة عدم الضمان ولأنّ تسلّمه بإذن البائع، مع احتماله لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[١٧] وهو خيرة «الشرائع[١٨] والتذكرة[١٩] والتحرير[٢٠]» وقال في «الدروس[٢١]». لعلّ الفاضل أراد مع اشتراط دخوله.

قوله: ﴿والسوم﴾ كما في «الدروس[٢٢]» والأربعة[٢٣] الّتي ذكرت بعده فيما

(١ و١٨) شرائع الإسلام: في الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٢ و١٩) تذكرة الفقهاء: في الغصب ج ٢ ص ٣٧٦ س ٢٨ و٢٤.
(٣ و٢٠) تحرير الأحكام: في الغصب ج ٤ ص ٥٢٢.
(٤) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٥) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.
(٦ و١٢ و٢١ و٢٢) الدروس الشرعية: في الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٨ و١٤) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٤ و١٥٥.
(٩ و١٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٤.
(١٠ و١٦) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١.
(١١) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٤.
(١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج٦ ص ٢٢٠. (١٧) عوالي اللآلي: ج٣ ص٢٤٦ ح٢.
(٢٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٠، مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ←

والحرّ لا يضمَن بالغصب وإن كان صغيراً،

قبله. ولعلّه قضية كلام ما بقي إلّا «التذكرة[1]» فإنّه صرّح فيها بأنه يضمنه.

[في أنّ الحرّ لا يضمَن بالغصب]

قوله: ﴿والحرّ لا يضمَن بالغصب وإن كان صغيراً﴾ قال في «مجمع البرهان[2]»: الظاهر أنّه لا خلاف في أنّ الحرّ لا يضمَن بوضع اليد والغصب، لأنّه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرّف، فإنّ إثبات اليد والتصرّف إنّما يقال في الأموال. ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً مميّزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره ومجنوناً وعاقلاً تلف بموتٍ أو بشيءٍ ليس للقبض فيه مدخل، انتهى. وهو كذلك إلّا ما يظهر من «المفاتيح[3]» حيث قال: قيل إنّ الحرّ لا يضمن ... إلى آخره، وما لعلّه يظهر من «النافع[4]» حيث ساوى بين الموت بسبب وبغير سبب، قال: ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحيّة فقولان، وفي «المهذّب البارع[5] والمقتصر[6]» أنّ الأصحاب على خلافه. واعتذر عنه في «التنقيح[7]» بأنّه مسامحة. ولا تصغ إلى ما في «الكفاية[8]» من أنّ عدم ضمان الحرّ بالغصب هو المشهور، ولعلّه لعدم تعرّض القدماء له وإلّا

← ص ١٥٥، مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١، الروضة البهية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٢٤٧.

(١) تذكرة الفقهاء: في الغصب ج ٢ ص ٥٧٦ س ٣٥.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١.

(٣) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ المغصوب وأحكامه ج ٣ ص ١٧١.

(٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.

(٥) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٩.

(٦) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٢.

(٧) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٨.

(٨) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٤.

ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسببٍ كلدغ الحيّة ووقوع الحائط ضمن على رأي.

فلا نجد مخالفاً، لأنّها قد طفحت عبارات المتأخّرين بأنّ الحرّ لا يضمن بالغصب.

وظاهرهم أنّه لا يضمن عيناً ولا منفعةً وبه صرّح جماعة [1]. ولا بدّ من التخصيص خصوصاً في المنفعة إذا استوفاها، وأجمعوا على أنّه يضمن لو أصابه تلف بسبب الغاصب كالجناية على نفسه أو طرفه مباشرةً أو تسبيباً بل هو ضروري. وفي «التنقيح [2]» أنّه لا خلاف فيه. وفي «الروضة [3]» الإجماع على أنّه لا يضمن الكبير مطلقاً. وفيها أيضاً وفي «التنقيح [4]» الإجماع على أنّه لا يضمن الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي.

[فيما لو تلف الصغير في يد الغاصب]

قوله: ﴿ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسببٍ كلدغ الحيّة ووقوع الحائط ضمن على رأي﴾ قويّ كما في «الخلاف [5] والدروس [6]» وفيه قوّة كما في «المختلف [7]» وحسن كما في «المقتصر [8]» وهو خيرة «المبسوط [9]» في باب الجراح و«التبصرة [10] وتعليق الإرشاد [11] ومجمع البرهان [12]» وقد أفتى به جمعٌ

---

(١) منهم الشهيد الثاني في الروضة: في الغصب ج ٧ ص ٢٧، وأبو العبّاس في المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٨، والسيّد الطباطبائي في الرياض: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٠.

(٢ و ٤) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٧.

(٣) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٧.

(٥) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٢١ مسألة ٤٠.

(٦) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.

(٧) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٥.

(٨) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٢.

(٩) المبسوط: في قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ١٨.

(١٠) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.

(١١) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٤٧٥.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١.

كما في «جامع المقاصد[1]» وكأنّه مال إليه فيه. والمخالف الشيخ في غصب «المبسوط[2]» والمحقّق في ظاهر «الشرائع[3]» أو صريحها أو هو فيها متردّد، والشهيد في ظاهر إطلاق «اللمعة[4]». وفي «الإيضاح[5]» أنّه أقوى. وقد يظهر ذلك من موضع من «التذكرة[6]» وبه حكم أوّلاً في «الخلاف» ثمّ قوّى الأوّل كما سمعت[7]. وكأنّه ميل إليه في «المسالك[8] والكفاية[9]» وفي الأوّل أنّه الأشهر، وفي الثاني أنّه المشهور، وهو كما ترى ولا ترجيح في «النافع[10] وكشف الرموز[11] والتحرير[12] والإرشاد[13] والتذكرة[14]» في موضعٍ منها و«غاية المراد[15] والتنقيح[16] والمهذّب البارع[17] والروضة[18]».

والأوّل أقوى، لأنّه سبب لتلفه مع عدوانه فكان كالحافر، بل هو أقوى منه، لأنّ عروض المهلكات له كثيرة بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقّع. ولو كان في مكانه ما لدغته الحيّة، وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه وليس هناك

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج٦ص ٢٢١.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ص ١٠٥.
(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ص ١٦٨.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٧.
(٧) تقدّم في هامش ٥ من الصفحة المتقدّمة.
(٨) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٨.
(٩) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٤.
(١٠) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(١١) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ص ٣٨١.
(١٢) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠.
(١٣) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(١٤) لم نعثر عليه فيها.
(١٥) غاية المراد: الغصب ج ٢ ص ٣٩٥.
(١٦) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٦٧.
(١٧) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٩.
(١٨) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٨.

مباشر أقوى من السبب، ثمّ إنّهم يحكمون بأنّه إذا نقل عبداً صغيراً أو مجنوناً مملوكاً للغير ضمنه سواء نقله إلى مسبعةٍ أو مضيعة، لأنّه تصرّف بغير إذن المالك صرّح به في «التذكرة[١]» وقضيّته أنّ الكبير ليس كذلك، ولهذا استشكلوا في ضمان العبد الكبير العاقل بفكّ قيده. وظاهرهم أنّ غير الفكّ كالفكّ، فكان المدار في الفرق بين المملوك الصغير والكبير على التسبيب مع عدم القدرة على دفع المهلكات. فلا فرق في خصوص هذا بين الحرّ والعبد، فتأمّل جيّداً، مضافاً إلى أنّ الضمان يناسب العدوان وإلى الاعتضاد بالخبر[٢] «مَن استعار حرّاً صغيراً فعيب ضمن» بناءً على أنّ الاستعارة أهون من الغصب، فتأمّل. وبما قيل[٣]: من أنّ فتح هذا الباب يفضي إلى الاحتيال بذلك إلى قتل الأطفال، وله نظائر غير الحافر في باب الديات كمن قرّب صبيّاً إلى الرماة، وهو لا يعلم بهم، وهو غير غاصب له. وليس للقول الآخر إلّا الأصل وعدم المباشرة، وذلك لا يجدي مع ظهور السبب.

هذا، وقد يسأل عن حكم المصنّف هنا بالضمان واستشكاله فيه فيما إذا نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعة فافترسه الأسد مع أنّ القائد في المضيعة أقرب إلى توقّع الهلاك ممّا نحن فيه، فليلحظ ذلك وليتأمّل فيه.

وفي «الدروس[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧]» أنّ المجنون كالصغير، بل في الأخير: أنّ الظاهر عدم الفرق بينهم وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثمّ حصل في الحبس شيء أهلكه لظلمته

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٨.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ١٩ ص ١٨٣.
(٣) الرياض: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٠ ـ ٢٦٢.
(٤) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٦.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢١.
(٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٨.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٢.

ولو استخدم الحرّ فعليه الأُجرة،

وعدم قدرته على الفرار من أذيّته فكان كالطفل بل كالحيوانات الّتي لا شعور لها، لمكان الاشتراك في العلّة. وفي «جامع المقاصد[1] والروضة[2]» أنّه لو كان بالكبير خبل أو بلغ رتبة الصغير لكبرٍ أو مرضٍ ففي إلحاقه به وجهان.

[في ضمان أُجرة استخدام الحرّ]

قوله: ﴿ولو استخدم الحرّ فعليه الأُجرة﴾ كما في «الشرائع[3] والنافع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والتبصرة[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10]» وكذلك «اللمعة[11] والروضة[12]». وفي «الرياض[13]» أنّه لا خلاف فيه. وفي «مجمع البرهان[14]» لعلّه ممّا ليس فيه خلاف، لأنّه قهره واستعمله في عمل واستوفى منافعه وهي متقوّمة فلزمه ضمانها. وبعبارة أُخرى: أنّه أخذ منه شيئاً له عوض بغير عوض فكان كأنّه غصب منه مالاً وأتلفه.

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢١.
(٢ و١٢) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٨ و٢٩.
(٣) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٧.
(٦) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٢.
(٧) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.
(٩) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٨.
(١٠ و١٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٣.
(١١) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(١٣) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٤.

ولو استأجره لعملٍ فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأُجرة نظر.

[فيما لو استأجر الحرّ ولم يستعمله]

قوله: ﴿ولو استأجره لعملٍ فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأُجرة نظر﴾ ولا ترجيح أيضاً في «التذكرة[1] والإرشاد[2] وغاية المراد[3]» واختير عدم استقرارها في «الشرائع[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] وتعليق الإرشاد[7] والمسالك[8] والروضة[9] والرياض[10]» وإجارة «جامع المقاصد[11] ومجمع البرهان[12]» لأنّ منافع الحرّ لا تضمن إلّا بالتفويت والاستعمال لا بالفوات لعدم دخول الحرّ تحت اليد والضمان، لأنّه ليس بمال، ولأصالة البراءة من الاستقرار.

والّذي قوّاه مولانا الأردبيلي استقرارها أي الأُجرة بذلك. وهو خيرة إجارة «التذكرة[13] والمسالك[14]» لأنّها وجبت بالعقد، وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ١٣.
(٢) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٣) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٦.
(٤) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٥) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢١.
(٧) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٤٧٦.
(٨) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٩.
(٩) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٨.
(١٠) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٢.
(١١) جامع المقاصد: في الإجارة ج ٧ ص ١١٦.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٤.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في الإجارة ج ٢ ص ٣٢٦ س ١٢.
(١٤) مسالك الأفهام: في شرائط الإجارة ج ٥ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

مع بذل المؤجر ومنع المستأجر، فكان المستأجر بحبسه له سبباً في تضييع الأُجرة عليه فتستقرّ، كما لو استأجره زماناً معيّناً ثمّ اعتقله فيه فإنّه يستقرّ عليه مال الإجارة قولاً واحداً كما في «المهذّب البارع[1]» ولا نزاع فيه كما في «حواشي الشهيد» على ما حكاه في «جامع المقاصد[2]» لأنّ موضوع المسألة وموضع الخلاف ما إذا وقع العقد على العمل فحبسه مدّة يمكن استيفاءه، ولهذا قالوا لو استأجره لعمل، وموضع الإجماع ما إذا تعلّقت الإجارة بالزمن المعيّن، بل نقول: إنّ العقد موجب للعوضين وقد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر، كما في نفقة الزوجة والمهر فإنّها تجب لها النفقة إذا مكّنت من نفسها وإن لم يستمتع بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر، بل قالوا: إنّه يضمن الأُجرة لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه، وإنّما كان التأخير من جانب المستأجر، فينقطع الأصل بذلك، والقاعدة القائلة بأنّ منافع الحرّ لا تضمن لا تتناول محلّ النزاع، فليتأمّل جيّداً.

وقد بنى الوجهين في «الإيضاح[3]» على أنّ إجارة الحرّ نفسه هل هي تمليك للمنافع بعوض أو التزام للعمل في ذمّته كالدّين في ذمّة الحرّ فلا يسقط إلّا بالاستيفاء أو الإبراء؟ قال: والأشبه الثاني، لأنّ الحرّ يستحقّ عليه في ذمّته ولا تملك عينه ولا منافعه، لأنّها معدومة، فتتبع الأصل في الملك واليد وهما منفيّان في الحرّ. قلت: حاصله أنّ الحرّ لا يملك ولا يملك منه وإنّما يملك عليه، وأنّ منافعه معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك؟ ثمّ قال: ويرد عليه استحقاق المستأجر الأوّل أُجرة المثل على مَن استعمل الأجير الخاصّ ثانياً.

---

(١) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٥٠.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٢.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٨.

ومعناه أنّه لو استأجره آخر ضمن أُجرة المثل، فلولا أنّه ملك منافعه لما استحقّ الأُجرة على مَن استعمله. ولو كانت دَيناً في ذمّته لكانت الأُجرة للموجب لا المستأجر، لأنّ الدَين لا يتعيّن لمستحقّه إلّا ببذله. ولا نسلّم تبعية المنافع للعين مطلقاً كأُمّ الولد فإنّ عينها لا يتصرّف فيها ويتصرّف بمنافعها، والعين المملوكة يجوز بيعها ولا يجوز بيع منافعها. ويردّ عليه أيضاً ما سمعته في الاستئجار لقلع الضرس وأنّه يجوز له إيجاره على الأشبه على تأمّل. ويؤيّده أنّه يصحّ إبراء الحرّ من الّذي استأجره وأنّ منفعته لا تتعيّن وإنّما الإجارة المعيّنة أن يستأجر داراً أو دابة معيّنة، فهذه لا يصحّ الإبراء منها، فليلحظ. وكيف كان، فعلى الأوّل تستقرّ دون الثاني.

وقال في «جامع المقاصد»[1]: في هذا البناء نظر، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأُجرة بالحبس المدّة المذكورة، لأنّ العقد المملّك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضيّ المدّة المذكورة، انتهى.

ومعناه أنّ ما قالوه من أنّ الإجارة إذا كانت على عمل كما إذا آجر العبد للعمل الفلاني ومضت مدّة يمكن فيها استيفاء العمل والعبد في يده استقرّت الأُجرة عليه، إنّما يتمّ في العمل الّذي يدخل تحت اليد ويعدّ مضموناً بإثبات اليد على متعلّقه، ولا يكون ذلك إلّا في الأعيان المملوكة، فإنّ الدليل حينئذٍ قائم على استقرارها بمضيّ المدّة، لأنّ منافعها قد صارت تحت يده، فكان تلفها محسوباً عليه، لأنّه يكون بمنزلة ما إذا استوفى المقبوض فوجب عليه العوض. ولا يتمّ ذلك في الأعمال الّتي تصدر عن الحرّ، لأنّه لمّا لم يمكن دخوله تحت اليد دخول ضمان إذ اليد له فلا يتصوّر كونه ذا يد بهذا المعنى ـ أعني يد استيلاء مؤثّر ـ كما في اليد في الأموال الّتي يقتضي ظاهرها الملك، إذ الشخص الّذي يكون مالكاً ولا يكون

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٢.

مملوكاً يمتنع في حقّه ذلك. إذا تقرّر ذلك فمنافعه وإن كانت مملوكة إلّا أنّها لكونها معدومة لا يتصوّر دخولها تحت اليد استقلالاً، ولمّا كان هو لا يدخل تحت اليد امتنع دخولها تبعاً. والدخول تحت اليد منحصر في الاستقلال والتبعية، فامتنع دخولها بالكلّية، فلا تكون مضمونة ولا تستقرّ سواء مضت مدّة يمكن فيها العمل أم لا. نعم إذا استوفاها يكون قد قبضها فيضمنها، فيكون حكمهم باستقرار الأُجرة على قلع الضرس على خلاف الأصل.

والتحقيق: أنّ القول بأنّ المنافع معدومة باطل قطعاً، بل هي إمّا موجودة أو مقدّرة الوجود، ولهذا عدّت مالاً وجعلت مورد العقد، لأنّ العقد لا يرد إلّا على موجود أو ما في حكمه، ولا ريب أنّه يجوز أن تكون الأُجرة دَيناً، فلو لم يلحق المنفعة بالموجودات لكان في معنى بيع الدَين بالدَين، فصحّ لهم أن يقولوا: إنّه ملكها وهي في يده وأهمل استعمالها حتّى تلفت على ملكه، فكان تلفها منه ومن ماله. وتكون مسألة الضرس ومسألة الأجير الخاصّ وغيرهما ممّا جرى بها على الأصل، ولا يرد على ذلك إلّا الإبراء والتعيين. والجواب عنهما ممكن والأمر هيّن، بل القول بأنّ المنافع معدومة إنّما هو للعامّة كما حكاه عنهم في «التذكرة[1]» وأطال في الردّ عليهم.

وقال في «جامع المقاصد»: ووجّه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه بأنّ المنافع ملكها المستأجر، وتلفها مستند إلى قلعه، ويؤيّده الحكم باستقرار الأُجرة على قلع الضرس مع البرء وسبق التمكين من قلعه[2]. قلت: هذا مراده في «الإيضاح[3]» كما أشرنا إليه، قال: والتحقيق أنّ هذا هو تمليك للمنافع فإذا أهمل استعمالها حتّى تلفت لم يضمن أحد، فلم يأت الشهيد بشيءٍ آخر، كما أنّه في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الإجارة ج ٢ ص ٢٩١ س ٢٧.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٢.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٨.

ولو حبس صانعاً ولم ينتفع به لم يضمن أُجرته.

«غاية المراد[١]» أتى بما في الإيضاح من تحريرٍ وإيراد. ويأتي في المسألة الآتية ما له نفعٌ في هذه.

[فيما لو حبس صانعاً ولم ينتفع به]

قوله: ﴿ولو حبس صانعاً ولم ينتفع به[٢]﴾ هذا مقطوع بـه فـي كـلام الأصحاب كما في «الكفاية[٣]» والقطع به في «الشرائع[٤] والنافع[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والتبصرة[٨] والمهذّب البارع[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١]» ولا قطع في «التذكرة[١٢]» وإنّما قال: هو الأقوى، ولا تعرّض له في غيرها فيما أجد، وستسمع ما نحكيه عن المولى الأردبيلي لما تقدّم من أنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعاً له فأشبهت ثيابه إذا تلفت عليه وأطرافه. وقد قوّى الضمان المقدّسان[١٣] الأردبيلي

(١) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) هذا ممّا يحكم العرف بضمان الحابس لأنّه متلف عليه الأُجور المقدّرة، ويؤيده حكمه بالضمان في الفرع الآتي.

(٣) كفاية الأحكام: فيما يتحقّق به الغصب ج ٢ ص ٦٣٤.

(٤) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.

(٥) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٦) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠.

(٧) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٨) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨. (٩) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٤٩.

(١٠) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٩.

(١١) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٨.

(١٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٨.

(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.

ولو استأجر دابّةً أو عبداً فحبسه بقدر الانتفاع ضمن.

والأُستاذ قدّس الله روحيهما فيما إذا كان الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس، لأنّ في عدم تضمينه ضرراً عظيماً فإنّه قد يموت هو وعياله جوعاً، مع كونه ظالماً عادياً، ووجود ما يدلّ على جواز التعدّي بما اعتدى وجزاء السيّئة سيّئة والقصاص ونحو ذلك. وحاصله، أنّ الضمان ليس للغصب بل لمكان الضرر العظيم المنفي.

واحتمل في «الرياض[1]» اختصاص كلام الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت بل الفوات خاصّة، قال: ويظهر الفرق بين الصورتين فيما إذا حبسه مدّةً لها أُجرة في العادة، فإن كان لو لم يحبسه لحصلها كان حبسه سبباً لتفويتها فيضمن هنا كما ذكراه، وإن كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها. وهذا هو مراد الأصحاب بحكمهم بنفي الضمان فيه، انتهى. قلت: يدفع ذلك كلّه قولهم جميعاً إلّا المصنّف في التذكرة لو حبس صانعاً ولم يقولوا حرّاً ولا رجلاً، وذلك لأنّ صاحب الصنعة ممّا لمدّته أُجرة غالباً، مضافاً إلى كلامهم في المسألة الأُولى. هذا وكما رتّبوا الحكم على الصانع رتبوه أيضاً على الحبس إلّا في «التبصرة[2]» فإنّه عبّر بالمنع مع أنّه قال في «التذكرة[3]» أمّا لو منعه عن العمل من دون حبس لا يضمن منافعه وجهاً واحداً، لأنّه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه، فالحرّ أولى.

[فيمن استأجر دابّةً أو عبداً فحبسه بقدر الانتفاع]

قوله: ﴿ولو استأجر دابّةً أو عبداً فحبسه بقدر الانتفاع ضمن﴾

---

(١) رياض المسائل: في ضمان الغصب ج ١٢ ص ٢٦٣.

(٢) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ١٠.

ولو غصب خمراً من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً. ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً

كما في «الشرائع[١] والتحرير[٢] والمسالك[٣]» وهو قضية كلام مَن قال: إنّ الدابّة مال تضمن منافعها بالفوات والتفويت، فعليه لو استأجرها لعمل معيّن فحبسها مدّةً يمكن فيها استيفاء المنفعة سقط حقّه من المنفعة واستقرّت عليه الأُجرة، بل قالوا: إنّه يستقرّ عليه الأُجرة ولو كانت الإجارة فاسدة، بل قضية كلامهم وصريح «التحرير[٤]» أنّه لو حبسها من دون إجارة ضمن، كما أنّهم قالوا في باب الإجارة[٥]: إنّه لو بذل له العين المؤجرة فلم يأخذها حتّى انقضت المدّة استقرّ الأجر عليه إن كانت الإجارة صحيحة وإلّا فلا. والوجه في ذلك كلّه ظاهر ممّا تقدّم.

[فيمن غصب خمراً]

قوله: ﴿ولو غصب خمراً من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً. ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً﴾ لو غصب خمراً وأتلفها فلا يخلو إمّا أن يكون الغاصب المتلف مسلماً أو كافراً، والمغصوب منه إمّا مسلم أو كافر، فالأقسام أربعة.

الأوّل: أن يكونا مسلمَين فلا ضمان عليه إجماعاً كما في «التذكرة[٦]» وبلا خلاف ـ أي بين المسلمين ـ كما في «الخلاف[٧]» وما في «المختلف[٨]» من أنّه الأشهر.

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٢ و ٤) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٢.
(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٩.
(٥) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: الإجارة في فوات المنفعة ج ٢ ص ٣٢٥ السطر الأخير، والطباطبائي في رياض المسائل: في شروط الإجارة ج ٩ ص ٢١٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ س ١٥.
(٧) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ١٤ ٤ مسألة ٢٨. (٨) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٢.

وفي «المسالك[1]» من أنّه المشهور فإنّما هو لمكان خلاف أبي عليّ، قال: إنّه يضمن الخمر المغصوبة بمثلها خلّاً وأطلق، وقد فهموا منه أنّه أمسكها للتخليل، ولابدّ أن يكون أراد ذلك. وبذلك ـ أي عدم الضمان لو غصبها المسلم من مثله ـ صرّحت عباراتهم كعبارة «المبسوط[2] والخلاف[3] والسرائر[4] والشرائع[5]» وغيرها[6]، وانعقدت عليه إجماعاتهم وشهراتهم. وهي بإطلاقاتها تشمل ما إذا كان قد اتّخذها للتخليل أو لغيره، بل صرّح الشهيدان[7] والمحقّق الثاني[8] بأنّه لايضمن إذا كان قد اتّخذها للتخليل وإنّما يأثم. وفي «المسالك» أنّه المشهور، وقال الأخير: إنّه يعزّر أيضاً.

وليعلم أنّه يجب عليه ردّها مع بقاء عينها، ولو تخلّلت ردّها خلّاً، لأنّ الملك وإن زال إلّا أنّ توابعه باقية، وهي الأولوية، ولهذا لايجوز غصبه كما تقدّم ذلك في باب الرهن[9]. وفي «مجمع البرهان[10]» أنّ خروجه عن ملكه بالخمرية غير ظاهر، ولا يدلّ عليه جواز أخذه وإهراقه وعدم الضمان بغصبه، على أنّا قد نمنع جواز ذلك فيما إذا اتّخذها للتخليل وإن لم يكن ضامناً لعدم وجود مملوك يمكن عوضه، لأنّ الخمر لا عوض لها، على أنّا قد نكلّفه بالمثل خصوصاً إذا كان متّخذاً للتخليل أو بالخلّ كما قيل، انتهى. وتمام الكلام في باب الرهن. وظاهر «المفاتيح[11]» أو

---

(١) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦٠.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٠.
(٣) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٤ مسألة ٢٨.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٥) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٦) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٧) الدروس: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨ ومسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦١.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٣.
(٩) تقدّم في ج ١٥ كتاب الرهن ص ٢٩٢ ـ ٢٩٩.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٥.
(١١) مفاتيح الشرائع: في الغصب ج ٣ ص ١٧١.

بالقيمة عند مستحلّيه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على إشكال.

صريحه أنّه إن كان اتّخذها للتخليل ضمن أي المتلف.

الثاني: أن يكون المتلف في الفرض المذكور كافراً، ففي «الخلاف[1]» نفي الخلاف عن أنّه لا يضمن. وبه طفحت عباراتهم «كالمبسوط[2] والخلاف[3] والسرائر[4]» وما تأخّر عنها من صريح وظاهر في ذلك.

الثالث: أن يكون الغاصب المتلف مسلماً وصاحبها كافراً، فإن كان متظاهراً بشربها والمعاملة عليها فلا ضمان، وكأنّه لم يختلف فيه اثنان، لأنّ الشرع إنّما ألزمنا إقرارهم عليه في دارنا مع الإخفاء. وأمّا إن كان مستتراً فعليه ضمانه بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في «الخلاف[5]» والإجماع أيضاً ظاهر «المبسوط[6] والسرائر[7] والتذكرة[8]» والعبارات في ذلك ـ أعني الحكم ـ بين نصّة وظاهرة.

الرابع: أن يكونا كافرين، فإن كان المغصوب منه مستتراً فعليه ضمانه أيضاً بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في «الخلاف[9]» والإجماع أيضاً ظاهر الكتب الثلاثة[10] أيضاً. وبه صرّحت جملة من العبارات وشملته الأُخرى بالإطلاقات. وأمّا إذا كان متظاهراً فلا ضمان كما تقدّم.

قوله: ﴿بالقيمة عند مستحلّيه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على

(١ و٥ و٩) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٤ و٤١٥ مسألة ٢٨.
(٢ و٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٠.
(٣) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٤ مسألة ٢٨.
(٤ و٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ س ٢٣.
(١٠) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢، المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٠، تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ س ١٦.

إشكال﴾ إن كان متلف خمر الكافر المستتر مسلماً لزمته القيمة بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في «الخلاف[١]» وإجماعاً كما في «المسالك[٢]» وعندنا كما في «التذكرة[٣]» ولا بحث فيه كما في «جامع المقاصد[٤]» لاستحالة ثبوت الخمر في ذمّة المسلم وإن كانت مثلية. وأمّا إذا كان المتلف كافراً فعندنا أنّه يضمن بالقيمة عند مستحلّيها بدليل أخبارنا وإجماع الفرقة على ذلك كما في «الخلاف[٥]» وعندنا كما في «التذكرة[٦]» وهو خيرة «المبسوط[٧] والسرائر[٨] والتحرير[٩] والمختلف[١٠] والتبصرة[١١] والإيضاح[١٢] واللمعة[١٣] والروضة[١٤]» والقاضي[١٥] في آخر كتاب الغصب فيما حكي. وفي «جامع المقاصد[١٦] والمسالك[١٧]» ضمانه بالقيمة إذا ترافعوا إلينا. وقد يكون ذلك مراد الأوّلين وقد لا يكون. والمخالف القاضي[١٨] في القول الآخر، قال: إنّ عليه مثلها، فكان له قولان. والمصنّف هنا استشكل والمحقّق في «الشرائع[١٩]» تردّد. ولا ترجيح في «الدروس[٢٠] ومجمع البرهان[٢١]» من أنّها مال

(١ و٥) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٤ و٤١٥ مسألة ٢٨.
(٢ و١٧) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٦١ و١٦٢.
(٣ و٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ س ٢٣ و١٦.
(٤ و١٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٣.
(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٠.
(٨) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٩) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٢.
(١٠) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٥.
(١١) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.
(١٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٩.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(١٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٩.
(١٥) حكى عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٣.
(١٨) المهذب: في الغصب ج ١ ص ٤٤٤.
(١٩) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٢٠) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(٢١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٥ ـ ٥١٦.

ولو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعةٍ فافترسه سبع ففي الضمان إشكال.

مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بمثله، ومن أنّه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر وإن كنّا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها فامتنع الحكم بالمثل للعارض، فيجب الانتقال إلى القيمة كما إذا تعذّر المثل في المثلي. وفي «مجمع البرهان» كأنّ التقرير مع الجزية مجوّز لأمثال ذلك.

هذا وفي «جامع المقاصد» الحكم بالمثل بعيد فإنّهم متى أظهروا الخمر زال احترامها. وقال: فإن قيل لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها، قلنا: الحكم باستحقاقها ينجرّ إلى الإظهار إذا امتنع من الأداء فإنّه يحبس حتّى يؤدّي، وذلك منافٍ للاستتار[1]. قلت: لا يلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها والمعاملة عليها، لأنّ الّذي عدّوه من نواقض العهد وتركه من شرط الذمّة إظهار شرب الخمر في دار الإسلام لا مطلق البحث عنها، فالمدار في عدم الحكم عليهم بالمثل على الإجماعات والأخبار المرسلة في «الخلاف[2]» المعتضدة بالشهرة، وإلّا فالمنافاة لشرع الإسلام لا يخلو من نظر أيضاً. ولذلك لم يستدلّ بها في «المبسوط والخلاف والتذكرة» وأوّل من استدلّ بها الفخر في «الإيضاح[3]».

[فيما لو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعة]

قوله: ﴿ولو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعةٍ فافترسه سبع ففي الضمان إشكال﴾ هذا ذكره في «التذكرة[4]» قال: لو نقل صبيّاً حرّاً إلى

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٣.
(٢) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٤ مسألة ٢٨.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٦٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ س ٦.

ولو فتح الزِقّ عن جامدٍ فقرّب غيره النار منه حتّى ذاب فالضمان على الثاني.

مضيعة فاتّفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته ولم يقصد الناقل بالنقل ذلك، وفيه إشكال. أمّا لو نقله إلى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان، لأنّه قصد الإتلاف بالنقل، ففرق بينهما بقصد الإتلاف وعدمه. والشيخ في «المبسوط[1]» اختار عدم الضمان، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد كما تقدّم ذلك كلّه. وقال في «جامع المقاصد[2]»: إنّ هذا الإشكال ليس بشيء بعد ما سبق من كلامه من أنّ الصبيّ إذا ألقاه في مسبعة فافترسه سبع ضمنه، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيّة ووقوع الحائط على الرائي، فإنّ إلقاءه في مضيعة أقرب إلى توقّع علّة الهلاك من هذه الأخيرة. وهو كذلك، وقد تقدّم[3] التنبيه على ذلك. ولعلّه لا معنى لذِكر الاُولى والنقض عليه بها.

[فيما لو فتح الزِقّ وقرّبه غيره إلى النار]

قوله: ﴿ولو فتح الزِقّ عن جامدٍ فقرّب غيره النار منه حتّى ذاب فالضمان على الثاني﴾ كما في «التذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6]» لأنّ سببه أخصّ لكون التلف يعقبه فأشبه المنفّر مع فاتح القفص. والمخالف بعض الشافعية حيث ذهب إلى أنّه لا ضمان على واحدٍ منهما[7].

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٢ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٤. (٣) تقدّم في ص ٧٥ ـ ٧٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ س ٤.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.

(٧) المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٨٦.

والأيدي المترتّبة على يد الغاصب أيدي ضمان،

[حكم الأيدي المترتّبة على يد الغاصب]

قوله: ﴿والأيدي المترتّبة على يد الغاصب أيدي ضمان﴾ كما في «الشرائع[1] والنافع[2] والتذكرة[3] والإرشاد[4] والدروس[5] واللمعة[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9] ومجمع البرهان[10] والكفاية[11]» وهذه بعضها صريح بما في الكتاب وبعضها معناه ذلك. وفي «الشرائع والإرشاد والدروس» وصف الأيدي بكونها غاصبة، ويأتي بيانه. ثمّ إنّه قد طفحت عبارات جماعة منهم عند الكلام على البيع الفضولي بمثل ذلك.

وفي «مجمع البرهان[12]» لعلّ الحكم بضمان جميع الأيدي المتعاقبة على الغصب ـ فيكون المالك مخيّراً في أخذ عوض العين بعد تلفها ومنافعها ممّن أراد ـ إجماعي، وسنده أدلّة ضمان الغاصب مثل العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء السيّئة والعقاب بمثل ما عوقب، قال: ولكن ينبغي أن يكون ذلك مع تحقّق كون الكلّ غاصباً بالتعريف المتقدّم.

---

(١) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٢) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٥) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(٦) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٤.
(٨) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٥.
(٩) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ١٧.
(١٠ و١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥١٧.
(١١) كفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٤٩.

قلت: أراد بذلك إخراج الجاهل. وقد صرّح بتضمين الجاهل وأنّ للمالك الرجوع عليه في «المبسوط[١]» في عدّة مواضع و«الكتاب والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] والكفاية[٧]» وهو قضية كلام «النافع[٨] واللمعة[٩]» حيث قالا فيهما: ولو تعاقبت الأيدي، والأيدي المتعاقبة من دون وصفها بكونها غاصبة، بل صرّح بعد ذلك في الثاني أنّه يرجع على الجاهل. وفي «الشرائع[١٠]» وصف الأيدي بكونها غاصبة، لكن قد صرّح في مطاوي كلامه بأنّه يرجع على الجاهل. نعم عبارتا «الإرشاد[١١] والدروس[١٢]» قد وصفت فيهما الأيدي بكونها غاصبة وعادية، ولم يصرّح فيهما فيما بعد ولا فيما قبل برجوعه على الجاهل، بل سبق لصاحب «الدروس[١٣]» أنّ الجاهل بغصب البيت إذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصّة. وقضيّته أنّ الواضع يده جاهلاً ليس بضامن لما وضع يده عليه، بل إنّما يضمن المنفعة، لأنّه استوفاها، بل قال المقدّس الأردبيلي[١٤]: إنّ في

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣١.
(٣) تحرير الأحكام: الغصب في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٤١.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٥.
(٥) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٦.
(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٥.
(٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٩.
(٨) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(١٠) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦ وفي لواحق الغصب ٢٤٥.
(١١) إرشاد الأذهان: في الغصب ج ١ ص ٤٤٥.
(١٢) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(١٣) تقدّم في ص ٣٢.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٠.

ضمان المنفعة تأمّلاً، لأنّه مغرور. وقال في «جامع المقاصد[١]» بعد حكاية ذلك عن الدروس: إنّه يجب استثناء هذا، يعني البيت، قال: وفيه توقّف.

قلت: قد تقدّم[٢] أنّ في «الشرائع والإرشاد والتحرير والدروس والمسالك والكفاية» أنّه لو أسكن غيره، فالساكن ليس بغاصب. وفي التحرير والإرشاد تقييده بما إذا كان المالك غائباً. وفي الثلاثة الأخيرة تقييده بما إذا كان جاهلاً، وقد تأوّلناه هناك بأنّهم يقولون بالضمان وإن لم يسمّوه غاصباً. وكيف كان، فقد صرّح في «الدروس[٣]» في باب البيع بأنّ له أن يرجع على المشتري الجاهل. وقد سمعت[٤] ما في «اللمعة». وقد عرّف الغصب في «الإرشاد[٥]» بأنّه الاستقلال بإثبات اليد من دون إذن المالك، فيكون الجاهل غاصباً عنده وإن لم يكن عادياً آثماً، فكان موافقاً.

وقد يظهر من «المسالك[٦]» أنّ الكلمة متّفقة على أنّ الحكم في يد الجاهل والعالم واحد في الضمان وتخيّر المالك في إلزام أيّهما شاء ببدل المغصوب عيناً وقيمة وأنّ الجهل ليس مسقطاً للضمان، وإنّما يفترقان في استقرار الضمان، فالعالم كالغاصب يطالب بكلّ ما يطالب به، والجاهل إذا كانت يده يد أمانة لا يضمن إذا تلفت العين وإنّما يضمن الغاصب.

قلت: وهو كذلك والتتبّع يقضي بذلك، فلتلحظ المطوّلات في باب الوديعة والرهن والوكالة والقراض، فالإجماع عندنا محصّل معلوم على أنّ الأيدي المترتّبة على يد الغاصب أيدي ضمان، ولم نجد مَن خالف أو تأمّل في ذلك إلّا

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٤.
(٢) تقدّم في ص ٣٣.
(٣) الدروس الشرعية: في البيع ج ٣ ص ١٩٣.
(٤) تقدّم آنفاً في الصفحة السابقة.
(٥) إرشاد الأذهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.
(٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٦.

فيتخيّر المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومَن ترتّبت يدُه على يدِه، سواء علم الغصب أو لا، وسواء كانت أيديهم أيدي غصب أو لا، وسواء استعاده الغاصب غصباً أو لا،

ما سمعته عن الجماعة في ساكن البيت ومولانا الأردبيلي، وقد أطال الكلام في المقام وحاصل كلامه: أنّ الجاهل لا يطالب ولا يضمن، ولم تثبت كلّية كلّ مَن وضع يده على مال الغير يكون ضامناً وإن كان جاهلاً إلّا بمثل قولهﷺ: «على اليد ما أخذت»[1] ولم تظهر صحّته ولا تواتره ولا صراحته، وأنّه لو كان كذلك لكان ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب بالكلّية مع أنّهم لا يقولون به، ثمّ استنهض كلام الدروس في ساكن البيت، وما كنّا نؤثر أن يقع مثله من مثله.

وكيف كان، فدليل الأصحاب بعد الاتّفاق عموم الخبر المشهور المعمول به في أبواب الفقه وإن كان الراوي له سمرة بن جندب وأنّه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، وأنّ الجهالة لا تقدح في الضمان وإن انتفى معها الإثم لامتناع خطاب التكليف في حقّ الجاهل بخلاف خطاب الوضع، وقد يقال[2]: إنّ «على» ظاهرة في وجوب الدفع فيكون من خطاب الشرع كما تقدّم في الوديعة[3]. وقضية كلامهم أنّ للمالك مطالبة مَن ترتّبت يده على الغصب مع عدم التلف بتسليم العين أو البدل لمكان الحيلولة.

قوله: ﴿فيتخيّر المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومَن ترتّبت يدُه على يدِه، سواء علم بالغصب أو لا، وسواء كانت أيديهم

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٢) كما في المسالك: في الوديعة ج ٥ ص ٩٣.

(٣) تقدّم في ص ٧.

وللمالك الرجوع على الجميع ببدلٍ واحد، لكنّ الثاني إن علم بالغصب طولب بكلّ ما يطالب به الغاصب،

أيدي غصب أو لا، وسواء استعاده الغاصب غصباً أو لا﴾ قد تقدّم الكلام فيه ويأتي تمامه. وليس الأخير من باب فرض وجود الشيء بعد عدمه.

قوله: ﴿وللمالك الرجوع على الجميع ببدلٍ واحد﴾ كما في «الشرائع[1] والدروس[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] والروضة[5] والكفاية[6]» أي بالتقسيط وإن لم يكن متساوياً، لأنّه يجوز له الرجوع على كلّ واحدٍ بالجميع كما في «الشرائع[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والكفاية[11]» وكذلك «النافع[12] والتذكرة[13] والإرشاد[14] والدروس[15]» وجواز الرجوع على كلّ واحدٍ بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض، وكذا له تقسيط ما يرجع على أزيد من واحد وترك الباقين لما ذكر. وبه صرّح[16] في بعض ما ذكر. وإنّما كان البدل في جميع هذه الأحوال واحداً، لأنّ المستحقّ له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدّد.

قوله: ﴿لكنّ الثاني إن علم بالغصب طولب بكلّ ما يطالب به

(١ و٧) شرائع الإسلام: في سبب الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.
(٢ و١٥) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٨.
(٣ و٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٥.
(٤ و١٠) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٦.
(٥ و١٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٥.
(٦ و١١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٩.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(١٢) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٧.
(١٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣١.
(١٤) إرشاد الأذهان: في الغصب ج ١ ص ٤٤٥.

ويستقرّ الضمان عليه إن تلف عنده، ولا يرجع على الأوّل لو رجع عليه، ويرجع الأوّل عليه لو رجع على الأوّل. هذا إذا تساوت القيمة أو كانت في يد الثاني أكثر. ولو زادت في يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثاني.

الغاصب﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» وهو قضية كلام آخرين، لأنّه غاصب، فجميع ما يترتّب عليه من التغليظ يترتّب عليه.

قوله: ﴿ويستقرّ الضمان عليه إن تلف عنده، ولا يرجع على الأوّل لو رجع عليه، ويرجع الأوّل عليه لو رجع على الأوّل﴾ كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7] والكفاية[8]» وهو قضية كلام غيرهما، لأنّه ظالم بإمساك مال الغير في يده مع علمه بأنّه له وقد حصل التلف في يده، فكانا متساويين في كون كلٍّ منهما غاصباً، وانفرد الثاني بزيادةٍ وهي كون التلف في يده فيختصّ ببدله، فلو رجع على الأوّل استحقّ الرجوع عليه دون العكس، وكذا يستقرّ ضمان المنفعة على مَن استوفاها عالماً.

قوله: ﴿هذا إذا تساوت القيمة أو كانت في يد الثاني أكثر. ولو زادت في يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثاني﴾ كما صرّح به في الكتب المتقدّمة عدا الروضة. وقال في «جامع المقاصد[9]»: بناء هذا الحكم على أنّ الغاصب يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، فقوله «هذا» إشارة

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٣ و٣٥.

(٢ و٥ و٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٥ و٢٢٦.

(٣ و٦) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٦.

(٧) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٧.

(٨) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٩.

ولو جهل الثاني الغصب، فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني، وإلّا فعلى الأوّل كالوديعة والرهن والوكالة.

إلى ما ذكره من استقرار الضمان كلّه على الثاني، فإنّ ذلك لا يستقيم إلّا إذا لم يختصّ الأوّل بشيء لم يشاركه الثاني فيه، وهو كون القيمة السوقية في يده أكثر، فإنّ تلك الزيادة مستحقّة للمالك وعهدتها على مَن حصلت في يده فإنّه يطالب بالزيادة وحده، وأمّا الثاني فإنّه يطالب بأعلى القيم في يده. قال: وسيأتي إن شاء الله تعالى أنّ المختار وجوب قيمته حين التلف خاصّة فلا يتمّ ما ذكره. قلت: يستقيم ذلك بزيادة العين ونقصها كالسمن والصنعة كما هو واضح.

قوله: ﴿ولو جهل الثاني الغصب، فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني، وإلّا فعلى الأوّل كالوديعة والرهن والوكالة﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3] والكفاية[4]» ونحوه ما في «الروضة[5]» وقد نبّه عليه في «اللمعة[6]» ونفى عنه البأس في «مجمع البرهان[7]».

وأمّا أنّ قرار الضمان على الثاني لو تلفت العين في يده بدون تفريط لو كانت

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٧.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٧.
(٣) مسالك الأفهام: في سبب الغصب ج ١٢ ص ١٥٦.
(٤) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.
(٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٦.
(٦) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب في أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٨.

يده يد ضمان فلأنّه دخل على أنّ العين مضمونة عليه إمّا بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعي، فلا أثر لغروره بكون العين ملكاً للغاصب، وإنّما يؤثّر الغرور لو كان بريئاً من الضمان على تقدير كون العين ملكاً للغاصب، فيكون الضمان إذا ظهر كونها ملكاً للغير وأنّه غصبها منه بتغريره، وأمّا في صورة المسألة فإنّها لو كانت ملكاً للغاصب وتلفت في يد المستعير مثلاً لزمه الضمان، فلم يلزمه بتغريره بكونها ملكاً له ضمان لم يكن لازماً على تقدير الملك. وكذلك المقبوض بالبيع الفاسد بمثل الجهالة ونحوها من مفسدات العقد لا بكونه مغصوباً بمعنى أن لا يكون فساده بكون العين مغصوبة، لأنّ هذا نسمّيه هنا عقداً صحيحاً كما ستسمع بل فساده بأُمور أُخر غير الغصب حتّى لا يكون للغرور فيه مدخل، فإنّه على هذا يضمن العين وإن كانت ملكاً للغاصب كما بيّنّاه في باب المكاسب[1].

وأمّا أنّ قرار الضمان على الأوّل لو تلفت في يد الثاني وكانت يده يد أمانة فلأنّه غرّه بكون العين ملكاً له وأنّه سلّمه إيّاها أمانة كالوديعة والعارية الّتي ليست مضمونة والعين والمرهونة والموكّل عليها والمضارب عليها، وقد ظهر كونها مضمونة، والمغرور يرجع على مَن غرّه.

ومن أقسام يد غير الضمان أيضاً الإجارة والجعالة والمزارعة والمضاربة، لكنّه يأتي للمصنّف في باب المضاربة[2] الإشكال في العين المضارب عليها، وقد قرّب في باب الهبة المصنّف[3] وولده[4] والمحقّق الثاني[5] أنّ المتّهب يرجع على الواهب بما غرمه من القيمة إذا ظهر الموهوب مستحقّاً.

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٠٩ ـ ٦٢١.
(٢) قواعد الأحكام: في القراض ج ٢ ص ٣٣٢.
(٣) المصدر السابق: في الهبة ج ٢ ص ٤١٠.
(٤) إيضاح الفوائد: في الهبة ج ٢ ص ٤٢١.
(٥) جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٨٣.

ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه،

ومن أقسام يد الضمان ما ذكره المصنّف من الأقسام الثلاثة، ولم يتأمّل في المقبوض في السوم هنا كما نبّهنا عليه آنفاً. وقد ترك ذكر المبيع صحيحاً مع أنّه عدّه منها في «التذكرة[1]» لاختلاف أحكامه، لأنّ المبيع إن كان صحيحاً لولا الغصب كان مغروراً، لأنّه دخل على أنّ البيع صحيح وأنّ العين ملك للبائع وأنّ ما زاد على الثمن من قيمتها له وأنّ منافعها له مجّاناً، فإذا ظهر كونها ملكاً لآخر وأنّ البائع غاصب فقد فاته ذلك وثبت تغريره، فيرجع عليه بكلّ ما لولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن، فيده بالنسبة إلى الثمن يد ضمان فيصحّ ما في التذكرة، وبالنسبة إلى ما زاد عنه من القيمة والمنافع ليست بيد ضمان. وقد تقدّم الكلام في المنافع ونحوها في باب البيع[2]، ويأتي في أواخر الباب أيضاً. والضابط أنّ كلّ شيء إذا فرضنا الغاصب فيه مالكاً ولا يلزم الثاني فيه غرامة فله الرجوع فيه، وما تلزمه فيه الغرامة على فرض كونه مالكاً فلا تغرير فيه ولا رجوع.

قوله: ﴿ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه﴾ قد تقدّم[3] بيان حكم قرار الضمان فيما إذا تلف المغصوب في يد مَن ترتّبت يده على يد الغاصب، وبيّن هنا أنّه إذا أتلفه فقرار الضمان عليه، لأنّ الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية كما هو ظاهر. وبه صرّح في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» وقال في الأوّل أيضاً بعد ذلك: ولو لم يستقلّ بالإتلاف بل شاركه فيه غيره فالضمان

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٧ و ٤٢.

(٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٣١ ـ ٦٣٩.

(٣) تقدّم في ص ٤٢ ـ ٤٣.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٩.

إلّا مع الغرور كما لو أضافه به،

عليهما معاً، فيرجع المالك على كلّ واحدٍ بالنصف، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ـ إلى أن قال: ـ ولا نعلم في ذلك خلافاً، وهو محكي على الجميع.

قوله: ﴿إلّا مع الغرور كما لو أضافه به﴾ فالضمان على الغاصب بلاخلاف منّا فيما أجد فيما إذا قال: كله فهذا ملكي وطعامي، أو قدّمه إليه ضيافة حتّى أكله ولم يقل إنّه مالي وطعامي أو لم يذكر شيئاً. وفي «التذكرة[1]» أنّه الّذي يقتضيه مذهبنا. قلت: لمكان الاعتماد على اليد الدالّة على الملك والأمارة الدالّة على الإباحة. وفي «المبسوط[2]» أنّه الأقوى. وبه جزم في «الشرائع[3]» وغيرها[4] في مطاوي الباب وغيره، وقد تقدّم للمصنّف في الباب[5] الجزم بذلك. وظاهر جماعة[6] وصريح آخرين[7] أنّ المالك يتخيّر في تضمين كلّ واحدٍ من الآكل والغاصب ويستقرّ الضمان على الغاصب. ونقل في «الشرائع[8]» قولاً بأنّه يضمن الغاصب من أوّل الأمر من غير أن يشاركه الآكل لضعف المباشرة بالغرور فاختصّ السبب لقوّته. وفي «المسالك[9]» أنّ الأوّل أظهر. وفي «الكفاية[10]» أنّه أشهر. قلت:

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في إثبات اليد ج ٢ ص ٣٧٨ س ١٤.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٨.

(٣ و٨) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.

(٤ و٩) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٦.

(٥) تقدّم في ص ٩١.

(٦) كالمحقّق في المختصر: في الغصب ص ٢٤٧، وابن سعيد في الجامع للشرائع: في الغصب ص ٣٤٩، والفيض في مفاتيح الشرائع: في حكم تعاقب الأيدي الغاصبة على المغصوب ص ١٧٤.

(٧) كالشيخ في المبسوط: فيما إذا غصب طعاماً ... ج ٣ ص ٨٨ والشهيد في اللمعة: ٢٣٦ والشهيد الثاني في الروضة: فيما لو غصب شاة ج ٧ ص ٥٥.

(١٠) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.

ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغارّ، وكذا لو أودعه المالك أو آجره إيّاه.

لم نجد القول الثاني لأحد من أصحابنا بعد التتبّع وإنّما هو قول الشافعي في القديم وبعض كتب الجديد، قال: إنّه ليس للمالك الرجوع على الآكل، لأنّه غرّه حيث قدّم إليه الطعام وأوهمه أن لا تبعة فيه عليه. والمشهور عند الشافعية الأوّل، حكى ذلك في «التذكرة[١]».

قوله: ﴿ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغارّ﴾ كما في «المبسوط[٢] والخلاف[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥]» وغيرها[٦]، بل ليس فيه خلاف، وفي «التذكرة[٧]» أنّه الّذي يقتضيه مذهبنا. والمفروض في هذه الكتب أنّه غصب طعاماً فأطعمه مالكه فأكله مع الجهل. وقضية الإطلاق عدم الفرق بين قوله: كله فإنّه طعامي أو لم يقل شيئاً. نعم قد يظهر من «الإيضاح[٨]» الفرق في مسألة تزويج الغاصب المالك الجارية. وأوّل مَن ذكر المسألة الشيخ في «الخلاف[٩]» ونسب الخلاف إلى أصحاب الرأي.

قوله: ﴿وكذا لو أودعه المالك أو آجره إيّاه﴾ أي يرجع عليه بعوض العين والمنافع وعوض الإجارة كما في «جامع المقاصد[١٠]». وفي «التذكرة[١١]»

(١ و٥ و٧ و١١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٩ و١٨ و٢٨.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٩.
(٣ و٩) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٠ مسألة ٢٣.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٨) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٠.
(١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٩.

ولو وهبه الغاصب من آخَر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه على الغاصب لغروره،

أنّه لا يبرأ من الضمان. وقضيّته أنّه لو تلف في يده رجع إليه بقيمته، لأنّه لم يعد إليه سلطانه، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ أو استيفاء المنفعة فلم يكن التسليم تامّاً. وكذلك الحال فيما إذا رهنه إيّاه أو أعاره له عارية غير مضمونة. وأمّا إذا وهبه للمالك أو أهداه إليه أو باعه منه وسلّمه إليه أو أقرضه له فإنّه فيها كلّها لا يرجع عليه، لأنّه قد تسلّمه تسلّماً تامّاً فسقط حقّه وزالت يد الغاصب عنه بالكلّية. وكذلك لو أعاره له عارية مضمونة في ذاتها أو بالشرط أو دفع إليه عوض حقّه الثابت عليه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقّه على الأقوى. وفرق بينه وبين ما إذا وهبه عين ماله كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[1] والتحرير[2]» ويأتي ذِكر هبته له في كلام المصنّف أيضاً.

قوله: ﴿ولو وهبه الغاصب من آخَر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه على الغاصب لغروره﴾ بكون ذلك ملكه وأنّه قد وهبه إيّاه بغير عوض، ومقتضى الهبة أنّه إذا تلف في يده لا يلزمه عوضه، وقد تبيّن كونه مغصوباً، والمغرور يرجع على مَن غرّه. وهو خيرة «جامع المقاصد[3]» وقد حكاه في «التذكرة[4]» عن الشافعي في أحد قوليه وأنّه استدلّ عليه بأنّ يد الاتّهاب ليست يد

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٢٠ و٢١.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٧.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٠.

وعدمه لأنّ الهبة لا تستعقب الضمان.

ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرئ الغاصب،

ضمان أي كيد المستام والقابض بعقدٍ فاسد، وهو متّجه. وقد وجّه المصنّف العدم بأنّ الهبة لا تستعقب الضمان كما يأتي بيانه.

قوله: ﴿وعدمه لأنّ الهبة لاتستعقب الضمان﴾ أي لأنّ الهبة لاتقتضي ضمان الواهب العين للمتّهب، لأنّه أخذها على أنّها إذا تلفت يكون تلفها منه. وهو أصحّ القولين عند الشافعية. وفيه: أنّه وإن كان أخذها على أنّ تلفها منه لكنّه لم يأخذها على أنّه عليه، فكان الغرور باقياً فيعمل بمقتضاه. ولا يفرق بين ما إذا أتلفها أو تلفت في يده. ولا ترجيح في «التذكرة[1]» ولم يذكره في الإيضاح.

وأمّا إذا كانت الهبة معوّضة بالمال فيحتمل كونها كالبيع الصحيح لولا الغصب، ونفى عنه البُعد في «جامع المقاصد[2]».

قوله: ﴿ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرئ الغاصب﴾ أمّا أنّ الاستيلاد ينفذ فلا شكّ فيه كما في «جامع المقاصد[3]» وعليه نصّ في «التحرير[4] والتذكرة[5]» لتحقّق المعنى المقتضي وهو إتيانها بولد من المالك، فإنّ من أولد مملوكته على أنّها مملوكة الغير كان الاستيلاد نافذاً. وأمّا أنّ الغاصب يبرأ فهو صريح «التحرير[6]». وفي «جامع المقاصد[7]» أنّه ينبغي تقييده بما إذا علم الحال، لأنّها لو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٢١ و٤١.

(٢ و٣ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٠ و٢٣١.

(٤ و٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٧.

وفي الأرش إشكال،

على أنّها زوجته وهي مملوكة للغاصب لم يبرأ، لكون التسليم غير تامّ. واستشكل في «التذكرة[١]» في براءته من الضمان. ثمّ قرّب العدم.

قوله: ﴿وفي الأرش إشكال﴾ الظاهر أنّ المراد بالأرش أرش ما ينقص منها بالولادة كما قالوه فيمن غصب مملوكة فوطئها، قالوا: لو أحبلها وولدت فعليه أرش ما نقص منها بالولادة كما يأتي. وفسّره في «جامع المقاصد[٢]» بأنّه تفاوت ما بين قيمتها طلقاً يتصرّف بها أيّ تصرّف أراد ومتى أراد وبين قيمتها ممنوعاً من إخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً وبعيداً وتجويز عدمه، لأنّه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى وموته بعد ساعة أو بعد زمن طويل، قال: فتفاوت ما بين القيمتين هو الأرش، قال: وإنّما حقّقنا الأرش بما ذكرناه ليعلم أنّه إذا مات الولد ورجعت طلقاً لا يستعاد من المالك، لأنّ العيب الّذي ثبت لم يزل وإنّما انقطع بعد مدّة، والمأخوذ أرشاً إنّما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله، فما توهّمه بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء.

ويظهر من «الإيضاح[٣]» أنّ الأرش هنا المهر. ولعلّه أراد مهر أمثالها أو العشر ونصف العشر كما جاء ذلك في عبارة «الإرشاد[٤]» فيمن غصب مملوكة فوطئها كما يأتي. قال في «الإيضاح» في توجيه الإشكال: ينشأ من غروره فكان كما لو قدّم طعام الغير إليه وأمره بأكله، ومن أنّه المباشر للإتلاف. فاعتماده هنا على ما توهّمه مستلزماً للإباحة، لأنّه لم ينصّ عليه بخلاف الأمر بالأكل، فهو كشراء الجاهل

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٤٢.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣١.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.

وكذا لو وهب منه.

ولو قال: هو عبدي فأعتقه فالأقوى النفوذ،

بالغصبيّة للمغصوب، فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا للمهر، انتهى.

ولايخفى ما فيه ممّا أشرنا إليه فيما سلف، ولم يتّضح لنا معنى قوله «فضمانه لزيادة القيمة ... إلى آخره» على المشهور المعروف من أنّ المشتري الجاهل لايضمن مازاد عن الثمن، فليتأمّل فيه جيّداً. ولعلّ الأصحّ ضمانه الأرش بالمعاني الثلاثة، لأنّه غرّه فلا يقصر عمّا لو ضيّفه بطعامه. وهو خيرة «جامع المقاصد[1]» فيما فهمه من معنى الأرش.

قوله: ﴿وكذا لو وهبه منه﴾ قد تقدّم الكلام[2].

قوله: ﴿ولو قال: هو عبدي فأعتقه فالأقوى النفوذ﴾ كما في «الإيضاح[3]» لأنّه فعل صدر من أهله في محلّه وأنّ العتق مبنيّ على التغليب وأنّ العبد في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه والمالك الحقيقي أقوى من الضمني. واستشكل في «التذكرة» لكنّه قرّب فيما إذا قال الغاصب: أعتقه عنّي النفوذ، فهذا إن لم يكن أولى فلا أقلّ من المساواة. وقال في «التحرير[4]»: الوجه عدم النفوذ. وهو خيرة «حواشي الشهيد[5] وجامع المقاصد[6]» للغرور كما في «التحرير» ولأنّه

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣١ و٢٣٣.

(٢) تقدّم في ص ١٠٢. (٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٠.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.

(٥) عبارة حواشي الشهيد ـ وهي المعروفة بالحاشية النجّارية ـ غير مفهومة، والظاهر أنّ هنا سقطاً من المتن المحشّى، وكيف كان فالظاهر أنّه اختار النفوذ، وذلك لأنّه بعد قوله في المتن: «ولو قال: هو عبدي فأعتقه فالأقوى النفوذ» قال: «ويحتمل عدم النفوذ، لأنّه لم يرض بعتق عبده». ثمّ قال: «والأقوى النفوذ لإضافة العتق إلى المالك، والعتق لا يندفع بالجهل» انتهى، الحاشية النجارية: ص ٨٨، فراجع وتأمّل.

لم يقصد إعتاق عبده بل قصد إعتاق عبد الغاصب وهما غيران، والإيقاعات والعقود تابعة للقصود كما في «الإيضاح[١]» وهما معنى ما في «التذكرة[٢]» من أنّه لم يرض بعتق عبده.

وقال المحقّق الثاني[٣]: التحقيق أنّ العتق المقصود هو عتق عبد الغاصب عن المعتق الّذي هو المالك في نفس الأمر، والّذي يحاول وقوعه هو عتق عبدالمالك، وأحدهما غير الآخر، فإن كان القصد معتبراً فالمقصود غير واقع فيكون منفيّاً والآخر غير معلوم فلا يكون صحيحاً، وكون العتق مبنيّاً على التغليب لا يدفع ذلك، لأنّ هذا البناء فرع وقوعه صحيحاً، والملك وحده غير كافٍ في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة، وادّعاء كون هذا عتقاً صدر من أهله في محلّه في موضع المنع، وإن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كلّ حال سواء أوقعه عن نفسه أو عن الغاصب فإنّه يملك فكّه من الرقّ وقد حصلت الصيغة والقصد غير معتبر، بل يلزم أنّه متى قصد إعتاق عبد الغير ظاهراً بوكالة ثمّ ظهر كونه مملوكاً له في وقت الإعتاق بإرثٍ أو شراءٍ من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحّته ونفوذه وهو من أبعد الأشياء، مع أنّ في إعتاق عبده الّذي لو علمه لم يرض بعتقه وقطع سلطنته عنه ضرراً عظيماً منفيّاً بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»[٤] وربّما قصد الغير الإضرار بالمالك فدلّس عليه عبده ثمّ سلّطه على إعتاقه عن نفسه، على أنّه ملك الغير، فيكون في الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الإضرار به مع أنّ المدلّس ربّما لم يثبت يده عليه أي العبد فلا يستحقّ المالك عليه شيئاً قطعاً، وهذا من أبعد ما يستبعد[٥].

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٤٣.

(٣ و٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(٤) الكافي: ج ٥ ص ٢٨٠ ح ٤، وص ٢٩٢ ـ ٢٩٣ و٢٩٤ ح ٢ و٦ و٨.

وفي الغرم إشكالٌ، ينشأ من غروره، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته.

قلت: قد قالوا فيما إذا باع مال أبيه بظنّ الحياة وأنّه فضولي فبان ميّتاً حينئذٍ وأنّ المبيع ملكه أنّ الوجه الصحّة، بل قد يلوح من هبة الكتاب أنّه محلّ إجماع[1]. وقال في «جامع المقاصد[2]» في توجيه كلامهم: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ، وهنا يقولون قصده إلى أصل العتق كافٍ وكلّما أورده هنا جار هناك، بل هنا زيادة ليست هناك وهي بناء العتق على التغليب، وما ذكره هنا من الاستبعاد مع أنّه جارٍ في فرضه في البيع لا يجدي في إثبات الأحكام وإنّما يؤخذ مؤيّداً، على أنّهم قد يقولون إنّ المالك قد قصر في عدم الفحص والتأمّل، فتأمّل. ونحو ذلك ما إذا باع فضولاً ثمّ بان شراء وكيله له، وقد أوضحنا ذلك كلّه في باب البيع.

هذا والمراد بقوله في الكتاب «أعتقه» أعتقه عنك كما فرضنا فيه المسألة، ويدلّ عليه قوله فيما بعد «أعتقه عنّي» وأنّ النفوذ لولا ذلك ضعيف.

هذا ولو لم يقل هو عبدي بل أثبت يده عليه على وجهٍ يقتضي الملك ظاهراً ثمّ قال له: أعتقه عنك فإنّ الأحكام تجري فيه كما تجري أحكام البيع وغيرها وإن لم يقل للمشتري هو عبدي بل اعتمد على يده الدالّة على كونه مالكاً كما نبّهنا عليه فيما إذا قدّم إليه طعام نفسه.

قوله: ﴿وفي الغرم إشكالٌ، ينشأ من غروره، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته﴾ أي لو قلنا بنفوذه كما قرّبه المصنّف ففي غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الّذي أعتقه عن نفسه إشكال. وفي «التذكرة[3]» وجهان.

---

(١) جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٧٢. (٢) المصدر السابق: في البيع ج ٤ ص ٧٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ ص ٣٧٨ س ٤٣، وص ٣٧٩ السطر الأوّل والثاني.

وفي الغرم إشكالٌ، ينشأ من غروره، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته.

قلت: قد قالوا فيما إذا باع مال أبيه بظنّ الحياة وأنّه فضولي فبان ميّتاً حينئذٍ وأنّ المبيع ملكه أنّ الوجه الصحّة، بل قد يلوح من هبة الكتاب أنّه محلّ إجماع[1]. وقال في «جامع المقاصد[2]» في توجيه كلامهم: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ، وهنا يقولون قصده إلى أصل العتق كافٍ وكلّما أورده هنا جار هناك، بل هنا زيادة ليست هناك وهي بناء العتق على التغليب، وما ذكره هنا من الاستبعاد مع أنّه جارٍ في فرضه في البيع لا يجدي في إثبات الأحكام وإنّما يؤخذ مؤيّداً، على أنّهم قد يقولون إنّ المالك قد قصر في عدم الفحص والتأمّل، فتأمّل. ونحو ذلك ما إذا باع فضولاً ثمّ بان شراء وكيله له، وقد أوضحنا ذلك كلّه في باب البيع.

هذا والمراد بقوله في الكتاب «أعتقه» أعتقه عنك كما فرضنا فيه المسألة، ويدلّ عليه قوله فيما بعد «أعتقه عنّي» وأنّ النفوذ لولا ذلك ضعيف.

هذا ولو لم يقل هو عبدي بل أثبت يده عليه على وجهٍ يقتضي الملك ظاهراً ثمّ قال له: أعتقه عنك فإنّ الأحكام تجري فيه كما تجري أحكام البيع وغيرها وإن لم يقل للمشتري هو عبدي بل اعتمد على يده الدالّة على كونه مالكاً كما نبّهنا عليه فيما إذا قدّم إليه طعام نفسه.

قوله: ﴿وفي الغرم إشكالٌ، ينشأ من غروره، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته﴾ أي لو قلنا بنفوذه كما قرّبه المصنّف ففي غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الّذي أعتقه عن نفسه إشكال. وفي «التذكرة[3]» وجهان.

---

(١) جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ص١٧٢. (٢) المصدر السابق: في البيع ج ٤ص٧٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام الغرور ج ٢ص٣٧٨س ٤٣، وص ٣٧٩ السطر الأوّل والثاني.

ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمّم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلّا في الأخير على إشكال.

ولا أثر لكون ذلك بفعله.

قوله: ﴿ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمّم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان﴾ وجه زواله في الأوّلين أنّه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه له لمخالفته وكلّما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله إذا كان له ـ أي الفاعل ـ لأنّه لا يتصوّر فيه الغرور، إذ تغريره إنّما هو بكونه ملكه أي الغاصب، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت. وهو خيرة «جامع المقاصد[1]» وهو واضح، إذ المراد من المثالين أنّه أمره بنوع من التصرّف بحيث فهم منه أنّه لا يرضى بغيره فأتى بنوع آخر غير مأذون فيه كما يفصح عنه قوله «أو عمّم» في مقابلته، بل يكفي في المنع من النوع الآخر السكوت عنه كما هو قضية الأصل، فينبغي حينئذٍ الجزم به، لأنّه تصرّف باختياره لا بأمر الغاصب بل مخالفاً له مقدّماً على الضمان غير مغرور، فلا يتّجه توجيه الوجه الآخر ـ أعني بقاء الضمان ـ بأنّه مغرور وأنّه تصرّف عن أمر الغاصب ولم يتحقّق تسليم ملكه إليه تسليماً تامّاً.

ووجه زواله في الأخير ـ أعني حيث يعمّم له الانتفاع ـ أنّه سلّمه له تسليماً تامّاً وبرئ منه، فإتلافه إيّاه وتلفه بعد ذلك لا يكون مضموناً على الغاصب، إذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه منه، وقد فعل، فوجب الحكم ببراءته وإلّا لم يكن الواجب منحصراً في ذلك.

ووجه بقائه أنّه مغرور بكون الملك للغاصب وأنّ أنواع التصرّفات مجوّزة له من قِبله وأنّ يده متفرّعة عن يده وأنّ تصرّفه مقصور على إذنه، وأنّه مجرّد إباحة

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٥.

ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمّم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلّا في الأخير على إشكال.

ولا أثر لكون ذلك بفعله.

قوله: ﴿ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمّم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان﴾ وجه زواله في الأوّلين أنّه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه له لمخالفته وكلّما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله إذا كان له ـ أي الفاعل ـ لأنّه لا يتصوّر فيه الغرور، إذ تغريره إنّما هو بكونه ملكه أي الغاصب، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت. وهو خيرة «جامع المقاصد[1]» وهو واضح، إذ المراد من المثالين أنّه أمره بنوع من التصرّف بحيث فهم منه أنّه لا يرضى بغيره فأتى بنوعٍ آخر غير مأذون فيه كما يفصح عنه قوله «أو عمّم» في مقابلته، بل يكفي في المنع من النوع الآخر السكوت عنه كما هو قضية الأصل، فينبغي حينئذٍ الجزم به، لأنّه تصرّف باختياره لا بأمر الغاصب بل مخالفاً له مقدّماً على الضمان غير مغرور، فلا يتّجه توجيه الوجه الآخر ـ أعني بقاء الضمان ـ بأنّه مغرور وأنّه تصرّف عن أمر الغاصب ولم يتحقّق تسليم ملكه إليه تسليماً تامّاً.

ووجه زواله في الأخير ـ أعني حيث يعمّم له الانتفاع ـ أنّه سلّمه له تسليماً تامّاً وبرئ منه، فإتلافه إيّاه وتلفه بعد ذلك لا يكون مضموناً على الغاصب، إذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه منه، وقد فعل، فوجب الحكم ببراءته وإلّا لم يكن الواجب منحصراً في ذلك.

ووجه بقائه أنّه مغرور بكون الملك للغاصب وأنّ أنواع التصرّفات مجوّزة له من قِبله وأنّ يده متفرّعة عن يده وأنّ تصرّفه مقصور على إذنه، وأنّه مجرّد إباحة

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٥.

الركن الثاني: المحلّ

المغصوب إمّا عين أو منفعة، والأعيان إمّا حيوان أو غيره. فالحيوان يضمن نفسه حتّى العبد بالجناية وباليد العادية

فإنّه يضمن بالأعلى، وادّعى أنّه المشهور، ولنا تأمّل في هذه الشهرة فلنفرّق (فليفرق ـ خ ل) هنا بينه وبين الدَين بأنّه أخفّ وإن لم يكن التسليم فيهما تامّاً، فليتأمّل، أو تقول كما قال: لا فرق بينهما، وما استند إليه في وجه بقاء الضمان من أنّه لم ينقطع عنه سلطان الغاصب... إلى آخر ما ذكر في توجيهه ممّا لا يعول عليه، لأنّه ينتقض بالدَين والدية وقد فعل الواجب عليه من تسليمه وتمكينه بتعميمه، إذ بذلك يقال لغةً وعرفاً إنّه سلّمه تسليماً تامّاً. ومنه يعلم الحال في الهبة. ثمّ إنّه لو لم يكن التسليم فيها تامّاً لم تجر في حول الزكاة من حين القبض مع أنّها تجري فيه من حينه إجماعاً.

[حكم ما لو كان المغصوب حيواناً]

قوله: ﴿الركن الثاني: المحلّ، المغصوب إمّا عين أو منفعة، والأعيان إمّا حيوان أو غيره، فالحيوان يضمن نفسه حتّى العبد بالجناية وباليد العادية﴾ المغصوب إمّا أن لا يكون مالاً أو يكون فالأوّل لا يضمن بالغصب كالحرّ بل بالإتلاف كما تقدّم[1]. وممّا ليس بمال ولا يضمن العذرات والأبوال وكلب الهراش والخنزير وأشباه ذلك كما تقدّم[2] في باب البيع. والمال بقولٍ مطلق إمّا أعيان أو منافع، وهو مضمون إذا كان مغصوباً. والأعيان إمّا حيوان أو غيره،

---

(١) تقدّم في ص ٧٤ ـ ٧٥.

(٢) تقدّم في حكم الاكتساب بالأبوال ... ج ١٢ ص ٦٥ ـ ٧٥.

بأقصى القيمة.

وما لا تقدير فيه من الحرّ يجب من الرقيق ما ينقص عن قيمته، حصل بالجناية أو تحت اليد العادية، من أجنبيّ أو من قِبله تعالى.

والحيوان إمّا آدمي أو غيره، والآدمي هو الرقيق من عبد أو أمة، فيضمن الغاصب نفسه بالجناية منه أو من أجنبيّ أو من قِبل الله عزّ وجلّ، لأنّ يد الغاصب يد ضمان، فلا فرق بين أن يتلفه هو أو يتلف تحت يده بلا خلاف في شيء من ذلك حيث يأخذونه ويذكرونه مسلّماً ويضمن طرفه أيضاً، ويأتي بيان الحال فيه.

وقوله «حتّى العبد» إشارة إلى أنّه يضمن وإن كان آدميّاً، لأنّ جانب المالية هنا غلب عليه كما غلب عليه في باب القصاص والديات جانب الإنسانية فيقتصّ له ومنه من دون ردّ على الأصحّ وتلزم العاقلة قيمته إذا قتله أحد خطأً.

قوله: ﴿بأقصى القيمة﴾ أي بأقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم الجناية أو التلف. ويأتي إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك. وقد يكون المراد من أقصى القيمة أنّه يضمنه بقيمته وإن تجاوزت دية الحرّ وأنّه لا يردّ إليها وإن ردّ إليها الجاني غير الغاصب كما يأتي.

قوله: ﴿وما لا تقدير فيه من الحرّ يجب من الرقيق ما ينقص عن قيمته، حصل بالجناية أو تحت اليد العادية من أجنبيّ أو من قِبله تعالى﴾ يريد أنّه يضمن الطرف كما يضمن النفس. والطرف منه إمّا أن يكون لمثله في الحرّ مقدّر شرعي أو لايكون، فإن كان الثاني فإنّه يجب فيه الأرش وهو ما نقص من قيمته، سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية منه أو تحت يده من أجنبي أو من قِبل الله سبحانه وتعالى،

والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرش،

لأنّ يده في الجميع يد ضمان كما تقدّم. وقد صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» وقد يتناول الصوّر الثلاث إطلاق «الشرائع[٣] والإرشاد[٤] ومجمع البرهان[٥]» واقتصر في «المبسوط[٦] والتحرير[٧]» على أنّ عليه في ذلك الحكومة أي الأرش فيما إذا جنى الغاصب عليه، وليس الاقتصار قصراً للحكم. والمراد بالطرف ما يشمل الشجاج والجروح. ووجه الحكومة والأرش أنّه طرف مضمون ولا مثل له ولا قيمة مقدّرة فلابدّ من الأرش.

قوله: ﴿والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرش﴾ كما هو صريح «المبسوط[٨]» في موضع منه و«التذكرة[٩] والتحرير[١٠] والمختلف[١١] والإيضاح[١٢] والمقتصر[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والمسالك[١٥] والروضة[١٦] والرياض[١٧]

(١ و ٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٤ و ٩ ـ ١٠.
(٢ و ١٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٤.
(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.
(٧ و ١٠) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.
(٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٨.
(١١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٤.
(١٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧١.
(١٣) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٣.
(١٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٥.
(١٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٧ ـ ٤٨.
(١٧) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩.

والمفاتيح[١]» وظاهر «السرائر[٢] والتبصرة[٣] واللمعة[٤]» وفي «كشف الرموز[٥]» أنّه قريب، وفي «الدروس[٦] والكفاية[٧]» أنّه قوي، وكأنّه قال به في «غاية المراد[٨]» وفي «الشرائع» لو قيل به كان حسناً[٩]. وقد فهم منه أبوالفضل الآبي[١٠] وأبوالعبّاس[١١] والمقداد[١٢] أنّه مختاره. وفي «جامع المقاصد[١٣]» أنّه مذهب الأكثر، وفي «الرياض[١٤]» أنّ عليه عامّة من تأخّر. وقد نسبه فيه إلى ابن إدريس والمحقّق والشهيد، وقد سمعت كلامهم. وفي «المهذّب البارع» أنّ المشهور ردّه وأرش الجناية بالغاً ما بلغ[١٥]. ولا ترجيح في «التنقيح[١٦]». واختير في «المبسوط[١٧]» في موضع منه صريحاً و«الخلاف[١٨] والنافع[١٩] والإرشاد[٢٠] ومجمع البرهان[٢١]» أنّ

---

(١) مفاتيح الشرائع: في حكم الأرش في الطرف على الغاصب ج ٣ ص ١٧٢.

(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢. (٣) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩.

(٤) اللمعةالدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥. (٥ و ١٠) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٢.

(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.

(٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٦.

(٨) غاية المراد: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٤٠٤.

(٩) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.

(١١) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٥٣.

(١٢) التنقيح الرائع: في أحكام المغصوب ج ٤ ص ٧١.

(١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(١٤) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٩.

(١٥) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٥٣.

(١٦) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧١.

(١٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.

(١٨) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٩ مسألة ٧.

(١٩) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.

(٢٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.

(٢١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٤.

المقدّر في الحرّ مقدّر فيه. وفي «الخلاف» أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[١]. وفي «المقتصر» أنّ المشهور ردّه مع ردّ دية اليد وهي نصف القيمة[٢]. وهذه تخالف شهرة المهذّب.

ومعنى العبارة أنّ ما نقص من أطراف الرقيق بجناية من الغاصب أو من أجنبيّ أو من قِبله تعالى وهو تحت يد الغاصب وكان لمثله من الحرّ مقدّر كقطع اليد فإنّ الأقرب وجوب أكثر الأمرين من المقدّر في الحرّ بالنسبة إلى قيمة الرقيق وما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ وإن زاد مثل ذلك في الحرّ. وهذا هو الشقّ الأوّل الّذي نبّهنا عليه[٣] في المسألة الأُولى.

والوجه في ذلك أنّ الأكثر إن كان هو المقدّر فهو جانٍ والحرّ أصل للعبد في ذلك بالإجماع المعلوم من اتّفاقهم على ذلك في الباب وباب[٤] القصاص والديات وفي ديات «المسالك[٥]» أنّه كالمتّفق عليه، وفي غصب «مجمع البرهان[٦]» كأنّه لاخلاف فيه. وبذلك نطقت عباراتهم من غير نقل خلاف ولا تأمّل.

وقد استدلّوا[٧] في باب الديات والقصاص عليه بقول أمير المؤمنين عليه السلام:

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٩ مسألة ٧.

(٢) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٣.

(٣) تقدّم في ص ١١١.

(٤) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: في باب القود بين النساء والرجال ... ص ٧٤٠ و٧٥٤، والمحقّق في شرائع الإسلام: في مقادير الديات ج ٤ ص ٢٤٧، والعلّامة في مختلف الشيعة: في القصاص والديات ج ٩ ص ٤٥٥ و٤٥٦.

(٥) مسالك الأفهام: في مسائل من القصاص بين الأحرار والعبيد ج ١٥ ص ١٢٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٥.

(٧) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل القصاص ج ١٥ ص ١٢٩ ـ ١٣٠، وصاحب رياض المسائل: في دية العبد ج ١٤ ص ١٩٥، وكشف اللثام: في دية الجراحات ج ١١ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

«جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار في الثمن»[١] ونحوه المرسل[٢]، وقوله عليه السلام «في الثمن» يدلّ على إرادة الأعضاء أيضاً كما بيّنّاه وأوضحناه في باب الديات[٣]. وقد استدلّ عليه في «الإيضاح[٤]» هنا بعموم النصّ. وفسّره في «حاشيته» بأنّه ما فيه من الحرّ دية فيه من العبد قيمته (قيمة ـ خ ل) ولم نجده لغيره. نعم ادّعى في «الخلاف[٥]» إجماع الفرقة وأخبارهم على هذه العبارة. ويأتي[٦] لابن إدريس في الدابّة ما يشير إلى ذلك.

واستدلّ على وجوب المقدّر في «الإيضاح[٧]» أيضاً إن كان الأكثر بأنّ كلّ ما يضمنه الجاني بالجناية يضمنه الغاصب باليد، وهذا الزائد يضمنه الجاني بالجناية وإن كان الأكثر الأرش، فهو مال فوته تحت يده فيضمنه كغيره من الأموال لعموم «على اليد ما أخذت»[٨] وأنّ كلّ ما كان ملحقاً في ضمان اليد بالأموال دون الأحرار وجب أن يكون مضموناً بقدر النقص كالأموال، لأنّه إنّما ضمن باعتبار إتلاف المنفعة المملوكة فيضمنها بقيمتها ويفارق الجاني فإنّه في الضمان ملحق بالأحرار ولم يثبت يده على الرقيق فيتعلّق به ضمان المالية بخلاف الغاصب، مضافاً إلى أنّه مكلّف بأشقّ الأحوال. ووجه الآخر عموم التقدير فيعمّ الغاصب وأنّ الجناية أقوى من إثبات يد الغاصب.

وأنت خبير بأنّه قد اجتمع على الغاصب جهتان: الأُولى أنّه غاصب، والثانية

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب ديات الشجاج والجراح ح ٢ و ٤ ج ١٩ ص ٢٩٨ و ٢٩٩.
(٣) يأتي في ج ١٠ ص ٣٧٠ ـ ٣٧١ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.
(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧١ ـ ١٧٢.
(٥) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٩ مسألة ٧.
(٦) يأتي في ص ١٣٢.
(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧١ ـ ١٧٢.
(٨) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

أنّه جانٍ، فمن حيث الأُولى يضمن نقص المال، ومن حيث الثانية يضمن المقدّر، ولا يلزم من ضمانه بهذه الجهة شيئاً أن لا يضمن شيئاً بالجهة الأُولى، فإذا كانت قيمة العبد مائة ولمّا قطعت يده صار يساوي ستّين فإنّ الواجب عليه نصف قيمته وهو خمسون، كما أنّ الواجب في الحرّ نصف ديته، وأمّا إذا صار بعد القطع يساوي أربعين، فالأرش الواجب عليه ستّون، لأنّه نقص مالي حصل في يد الغاصب بنقص شيءٍ من العين فيكون مضموناً عليه، ولا منافاة بين الضمانين. ولا فرق في ذلك بين أن يتجاوز نصف قيمته أو أرش يده نصف دية الحرّ أو لا، لأنّ الغاصب عندهم هنا يكلّف بأشقّ الأحوال ولا يردّ إلى نصف دية الحرّ. وأمّا الجاني غيرالغاصب فإنّ الواجب عليه نصف قيمته ما لم تتجاوز نصف دية الحرّ فإن تجاوزت ردّ إليها، هذا إذا كان هو الجاني، وإن كان الجاني عليه غيره وهو تحت يده بأن قطع يده فإنّه يضمن أقلّ الأمرين من نصف قيمته ونصف دية الحرّ، فإن زاد نصف القيمة عن نصف الدية تخيّر المالك بين الرجوع على الغاصب بنصف القيمة مطلقاً، فيرجع الغاصب على الجاني بأقلّ الأمرين، وبين أن يضمن الجاني أقلّ الأمرين فلا يرجع به على الغاصب ويأخذ المالك من الغاصب الزائد إن اتّفق. وبالجملة: قرار موجب الجناية على الجاني والزائد على الغاصب.

وقد تقدّم[1] للمحقّق الثاني فيما إذا قتل اللقيط حرّاً عند قوله «فتجب الدية أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة» أنّه يتصوّر أن يكون قيمة طرف العبد أكثر من ديته لو كان حرّاً في غير الغصب. وقد نبّهنا[2] هناك على بطلانه، واستندنا في ذلك إلى كلامهم في الباب وباب الديات. ولمّا كانت المسألة الّتي نحن فيها بينها وبين ما يأتي ملازمة خلط شيخنا في «الرياض[3]» بين المسألتين فوقع خلل ظاهر في

(١ و٢) تقدّما في ج ١٧ في اللقطة ص ٦٠٢ ـ ٦٠٦.

(٣) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٩.

ولو تجاوزت قيمته دية الحرّ فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني.

البين يعرفه مَن يلحظ ما حرّرناه في المسألتين.

[حكم ما لو تجاوزت قيمة المغصوب دية الحرّ]

قوله: ﴿ولو تجاوزت قيمته دية الحرّ فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني﴾ ينبغي البحث هنا عن ثلاث مسائل: الأُولى أن يقتله الغاصب، الثانية أن يموت تحت يده، الثالثة أن يقتله قاتل آخر غير الغاصب وهو تحت يد الغاصب، والحال أنّ قيمته في الصوَر الثلاث تزيد على دية الحرّ. والخلاف بين الشيخ في «الخلاف والمبسوط» وبين المتأخّرين في الأُولى، ومنها يُعرف الحال في الأخيرتين.

قال في «الخلاف[1]» في باب الغصب: إذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحرّ عشرة آلاف درهم. وكذا إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحرّة ـ إلى أن قال: ـ دليلنا إجماع الفرقة، وأخبارهم لا تختلف في ذلك. وظاهره لمكان الباب أنّ القاتل هو الغاصب. وأظهر منها في ذلك عبارة «المبسوط[2]» قال: وإن كان عبداً نظرت فإن قتله ففيه قيمته، وإن زادت على دية الحرّ لم يلزمه أكثر من ذلك. وقد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص والديات فيما كاد يزيد عن عشرين موضعاً من دون تعرّض من أحد منهم لاستثناء الغاصب إلّا الشهيد الثاني وكاشف اللثام في المسألة الآتية[3]. وبذلك

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٨ مسألة ٥.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.

(٣) سيأتي في ص ١٢٢.

نطقت رواياتهم من دون تعرّض لاستثناء شيء، وانعقدت عليه إجماعاتهم، ولم نجد خلافاً في ذلك إلّا من ابن حمزة[1] فردّها إلى أقلّ من دية الحرّ ولو بدينار، وهو في مقامٍ آخر.

وقد خالف أكثر المتأخّرين كما في غصب «المسالك[2] والكفاية[3]» فقالوا: إنّه يضمن قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ، وبه صرّح في «السرائر[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والمختلف[7]». وفي «الشرائع[8]» لو قيل به كان حسناً. وكأنّه قال به في «غاية المراد[9]». وفي «المسالك[10]» أنّه أقوى. وفي «الكفاية[11]» أنّه لا يخلو من قوّة. وهو لازم «للإيضاح واللمعة وجامع المقاصد والروضة» لما ستسمعه[12] إن شاء الله تعالى من كلامهم في المسألة الثالثة إن لم يفرّق بين القتلين، بل هو لازم لكلّ من قال بلزوم الأكثر من المقدّر والأرش في مسألة الجناية على الطرف الّذي له مقدّر على ما فهمه المحقّق الثاني في «جامع المقاصد[13]» من أنّ هذه المسألة مبنية على ضمان الغاصب أكثر الأمرين. وإليه أشار في «المختلف» كما ستسمع. وقد سمعت ما حكيناه[14] عن «الرياض» من الخلط بين المسألتين، بل هو لازم لمن قال

(١) الوسيلة: في بيان أحكام قتل العمد المحض ص ٤٣٣.
(٢ و ١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٥.
(٣ و ١١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٦.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٣٣.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.
(٧) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٤.
(٨) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.
(٩) غاية المراد: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢.
(١٢) سيأتي في ص ١٢٢ ـ ١٢٤.
(١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٩.
(١٤) تقدّم في ص ١١٨.

بالتجاوز أيضاً فيما إذا مات تحت يده على ما فهمه الشهيد كما ستعرف. وحجّتهم على ذلك ما تقدّم[١] من أنّه جانٍ وغاصب، ولا ترجيح في «الدروس[٢]».

وقد حاول في «المختلف[٣]» رفع النزاع قال: والظاهر أنّ مراد الشيخ الجاني دون الغاصب، لأنّه أشار في «المبسوط» إلى ذلك، قال: إذا غصب عبداً فقطع آخر يده، فإن رجع السيّد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين ممّا نقص وأرش الجناية، وإن رجع على القاطع رجع بالأرش وهو نصف القيمة، والزائد في مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجاني، فلا يتعدّى ذلك إلى الغاصب لما فيه من مخالفة الأصل، فإنّ العبد مال، انتهى. قلت: قد عرفت أنّ الظاهر منه في الكتابين هو ما ذكرناه، بل هو صريحهما، والفقيه يتّبع ما يترجّح في نظره في كلّ وقت.

وأمّا الثانية ـ وهي ما إذا مات تحت يد الغاصب ـ فقد جزم بأنّه يضمن قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ في «الخلاف[٤] والسرائر[٥] والشرائع[٦] والتحرير[٧] والتذكرة[٨] والإرشاد[٩] والكتاب» فيما يأتي[١٠] قريباً و«جامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢]

---

(١) تقدّم في ص ١١٧ ـ ١١٨.
(٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(٣) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٤.
(٤) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٨ مسألة ٥.
(٥) السرائر: في الغصب ج ٣ ص ٤٩٢.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.
(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٣٤.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(١٠) سيأتي في ص ١٢٣ ـ ١٢٤.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٩.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٥.

ومجمع البرهان[1] والكفاية[2]» قال في الأخير: لا أعرف خلافاً بينهم في ذلك، مع أنّه قال في «الدروس[3]»: لو مات لزمته قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ عند المتأخّرين، خلافاً للشيخ مدّعياً عليه الإجماع، فقد جعل قتل الغاصب له وموته عنده من سنخ واحد، لأنّ الشيخ إنّما تعرّض لمسألة القتل. وهو الظاهر من «السرائر[4] والتذكرة[5] والمحقّق[6] والمصنّف في التحرير[7] والكتاب» فيما يأتي[8] والشهيد الثاني[9] جزموا في مسألة الموت بأنّه يضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحرّ، وقد سمعت كلام المصنّف هنا والمحقّق والشهيد الثاني في مسألة القتل. وفي «التحرير» جزم في مسألة الموت ونقل الخلاف في مسألة القتل ثمّ قال[10]: الوجه ضمانه الزائد. ففرّقوا بين المسألتين ويمكن تجشّم بيان الوجه في الفرق وإن ضعف أو دقّ، ويعرف الحال من ملاحظة الأخبار وستسمعها.

وأمّا الثالثة ـ وهي ما إذا قتله قاتل تحت يده ـ فممّا وافق فيها «الكتاب والسرائر[11] والشرائع[12] والتحرير[13] والتذكرة[14] والإرشاد[15] والإيضاح[16]

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٢.
(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٦.
(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(٤ و١١) السرائر: في الغصب ج ٣ ص ٤٩٢.
(٥ و١٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٣٣ و٣٤.
(٦ و١٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.
(٧ و١٠ و١٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.
(٨) سيأتي في ص ١٣٦.
(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٥.
(١٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(١٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٢.

واللمعة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] ومجمع البرهان[٥]» وحجّتهم ما تقدّم.

هذا تحرير هذه المسائل، وقد وقع ما وقع من الخلل في النقل وعدم التحرير في الرياض وغيره.

وكان حقّ عبارة الكتاب تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفريع على ما قبله، لأنّه مبنيّ على ضمان الغاصب أكثر الأمرين، كذا قال في «جامع المقاصد[٦]» والواجب أن نلحظ أخبار الباب، فإن كان يفهم منها أنّ قيمة العبد لا يتجاوز بها دية الحرّ مطلقاً سواء جنى عليه جانٍ أو مات من دون جناية حيث يكون مضموناً كما إذا كان مغصوباً أو مستعاراً بشرط الضمان أو مقبوضاً بالسوم أو أنّ ذلك خاصّ في صورة الجناية فقط ونجري في البواقي على الأصل والقاعدة، وهو الضمان بالقيمة بالغة ما بلغت ففي الصحيح ـ على الصحيح في العبيدي ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: دية العبد قيمته وإن كان نفيساً، فأفضل قيمته عشرة آلاف درهم ولا يتجاوز به دية الحرّ[٧]. وصدره ظاهر في الجناية لمكان قوله دية العبد ولم يقل قيمة العبد، فتأمّل. وفي صحيح ابن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا قتل الحرّ العبد غرم قيمته وأدّب، قيل: وإن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لايتجاوز قيمة العبد دية الأحرار[٨]. فإن كان قوله في الخبرين «لايتجاوز» من باب إعطاء القاعدة وضرب القانون كان دالاًّ على الجميع، وإن كان مبنيّاً على ما قبله كان كصدر الأوّل. ونحوه خبر

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

(٢ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٩.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٣.

(٧ و٨) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب ديات النفس ح ٢ و٣ ج ١٩ ص ١٥٢.

ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبيّ،

أبي الورد[١] وقد يستظهر منهما الأوّل لكن الأصل واتّفاق الأصحاب في مسألة الموت على الضمان بالقيمة بالغة ما بلغت يقضيان بالثاني، لكن روى في «الإيضاح[٢]» أنّ العبد لا يتجاوز بقيمته دية مولاه، وهو الّذي يقضي به الاعتبار وتحكم به الحكمة، إذ لا إثم ولا تقصير من المستام والمستعير، ولا كذلك الجاني، فليتأمّل.

[فيما لو جنى على المغصوب بما فيه القيمة]

قوله: ﴿ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبيّ﴾ كما في «السرائر[٣] والتحرير[٤] والمختلف[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] ومجمع البرهان[٨] والإيضاح[٩] والدروس[١٠] وجامع المقاصد[١١]» مقتصراً في الستّة الأول على الغاصب مصرّحاً في الثلاثة الأخيرة به وبالأجنبيّ، وذلك هنا لا يقضي بالاختلاف، لأنّه من المعلوم أنّ جناية

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٧ في أبواب ديات النفس ح ١ ج ١٩ ص ١٥٣.
(٢) إيضاح الفوائد: في الجناية الواقعة بين المماليك والأحرار ج ٤ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.
(٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٨.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.
(٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٣.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٩.
(٧) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٧ ـ ٤٩.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٥.
(٩) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٢.
(١٠) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٠.

الأجنبيّ مضمونة على الغاصب وكأنّه قال بذلك في «غاية المراد[١]» ونسبه فيها إلى ظاهر المحقّق، ولعلّه أراد في «الشرائع» لأنّه قال: في قول الشيخ تردّد[٢]، أو «النافع[٣]» فإنّ أبا العبّاس[٤] احتمل إرادة ذلك من قوله: ولو كان عبداً وكان الغاصب هو الجاني ردّه ودية الجناية إن كانت مقدّرة، وفيه قول آخر، انتهى. وقد تقدّم[٥] ما فهمناه من هذه العبارة.

وقال في «الخلاف»: إنّ الّذي تقتضيه أخبارنا ومذهبنا أنّ المالك بالخيار بين أن يسلّمه ويأخذ قيمته وبين أن يمسكه ولا شيء له ـ إلى أن قال: ـ دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[٦]. وبتخييره بين الأمرين صرّح في غصب «المبسوط[٧]» وبه طفحت عباراتهم[٨] في باب الديات والقصاص، وحكي عليه الإجماع صريحاً وظاهراً في خمسة مواضع[٩]. واستدلّوا عليه بقول أبي جعفر عليه السلام في خبر أبي مريم: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته أنّه يؤدّي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد[١٠]» ومثله من دون تفاوت خبر غياث[١١]. ووجه

---

(١) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٤.

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.

(٣) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.

(٤) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٥٣.

(٥) تقدّم في ص ١١٥.

(٦) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠١ مسألة ٩.

(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.

(٨) كما في شرائع الإسلام: في شرائط القصاص ج ٤ ص ٢٠٨، ومسالك الأفهام: في مسائل من القصاص ج ١٥ ص ١٣٠.

(٩) كما في الخلاف: فيما لو غصب جارية ج ٣ ص ٤٠١ مسألة ٩، ومجمع الفائدة والبرهان: في جناية الطرف ج ١٤ ص ١٣٧ ـ ١٣٨، ورياض المسائل: في دية العبد ج ١٤ ص ١٩٥، وكشف اللثام: في القصاص ج ١١ ص ٨٠ ـ ٨١، وظاهر السرائر: فيما لو جُني على عبدٍ... ج ٣ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب ديات الشجاج والجراح ح ٣ ج ١٩ ص ٢٩٨.

(١١) المصدر السابق: ب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ١٩ ص ٢٦٧.

دلالتهما على التخيير ظاهر وإن خفيت على بعض الأجلّاء الأعلام، والشهرة تجبرهما والإجماعات تعضدهما، فلا ينبغي التأمّل في ذلك من جهة السند كما في «المسالك[١]» وإطلاقهما وإطلاق الإجماعات يتناول الغاصب، بل قد قيل[٢]: إنّهما عامّان من جهة ترك الاستفصال، وليس منه لعدم تقدّم السؤال ولا من قضايا الأعيان، لأنّ قوله «قضى» هنا بمعنى قال بقرينة قوله «أو شيء يحيط بقيمته».

وكيف كان، فلم نجد مَن استثنى هناك الغاصب إلّا الشهيد الثاني[٣] وكاشف اللثام[٤]. وقد أسبغنا بحمدالله سبحانه فيه الكلام في الديات[٥]. وفي غصب «الإرشاد[٦] وشرحه» لولده[٧] أنّ في قول الشيخ نظراً. ونحوه ما في «التبصرة[٨]» وقد سمعت ما في «الشرائع».

هذا، وقد قال في «المبسوط[٩]»: لو غصب عبداً قيمته ألف فخصاه فبلغ ألفين ردّه وقيمة الخصي، لأنّه ضمان مقدّر، وهذا يخالف كلامه هنا.

وكيف كان، فالوجه فيما في الكتاب وما وافقه أنّ العبد مضمون وكلّ عضو عضو منه كذلك، فكلّ عضو فات منه يلزمه قيمته، لأنّ ضمان الغاصب من جهة المالية وقد يستحقّ المالك عدّة قيم كما لو قطع واحد رجله والآخر يده وقلع آخر عينه وقطع آخر أذنه فإنّ للسيد إمساكه ومطالبة كلّ منهم بقيمة ما جنى كما نصّوا

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٨.
(٢) كما في رياض المسائل: في دية العبد ج ١٤ ص ١٩٥.
(٣) مسالك الأفهام: في مسائل من القصاص ... ج ١٥ ص ١٣٠.
(٤) كشف اللثام: في قصاص النفس ج ١١ ص ٨٠.
(٥) سيأتي في تعليقات باب القصاص في آخر ج ١٠ ص ١٤ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٦ س ٢٠.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩.
(٩) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٤.

عليه في باب الديات[١]، ولم يجتمع العوض والمعوّض عنه، لأنّ العوض هو قيمة العضو والمعوّض ذلك العضو لا العبد. كما أنّه إذا قطع إحدى يديه وجب عليه نصف القيمة، ولا يجب عليه تسليم نصف العبد لأخذ نصف القيمة كما صرّحوا به في باب الديات[٢]. والأصل بقاء العبد على ملك مولاه والجاني خرج بالنصّ، فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع الفارق.

ووجه كون الغاصب كالجاني بعد دعوى الإجماع وشمول النصّ أنّ المضمون مع تلف الكلّ هو جميع القيمة فقط، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه، وإلّا لاستوى الكلّ والبعض، بل يزيد حكم البعض على الجملة.

وفيه: أنّه لا مانع من ذلك عقلاً ولا نقلاً، فاللازم ليس بباطل، إذ قد أخذ فيما حكيناه عنهم من المثال قيمتين مع بقاء الجملة على ملكه، ولولا النصّ لم يحكم عليه بأنّه إذا طالب بالقيمة وجب عليه دفع العبد، مضافاً إلى أنّه قد يكون ذا كسب كثير وصنعة لها نماء عظيم، فإذا قطع أنفه، فإن أعطى العبد لزمه الضرر بفوات الكسب الجزيل، ويحصل ذلك للجاني فيستوفي قيمة العبد في زمن يسير، وإن لم يعطه ذهبت عليه قيمة أنفه إلّا أن تقول: إنّ ذلك فرض نادر. وقد يفهم من الخبرين أنّ دفعه إلى الجاني عقوبة له، فإنّه إذا قطع لسان العبد أو الجارية أو قلع عينيهما أو قطع يديهما أو نحو ذلك ممّا هو في الرقيق ضرر محض وهو الغالب، فيجري ذلك في الغاصب بالأولوية أو المساواة لكنّه لم يحتمله أحد، ولعلّه مراد

---

(١) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الشروط المعتبرة في القصاص ج ٤ ص ٢٠٨، والعلّامة في المختلف: في الديات ج ٩ ص ٣٢٨، والشهيد في المسالك: مسائل من القصاص بين الأحرار والعبيد ج ١٥ ص ١٣٠.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الجراح ج ٧ ص ١٠٨، والعلّامة في مختلف الشيعة: في الاشتراك في الجنايات ج ٩ ص ٣٢٨، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الشروط المعتبرة في القصاص ج ٤ ص ٢٠٨.

بخلاف الجاني على غير المغصوب، فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ويرجع بقيمته على الغاصب، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجّاناً

لهم وإن لم يذكروه. وتمام الكلام في باب الديات.

ولم يفسّر الخبر في موضعين من «جامع المقاصد[1]» على وجهه، قال: الأصل بقاء العبد على ملك مولاه في الغاصب بخلاف الجاني لورود النصّ على دفعه إليه ليأخذ مولاه القيمة.

قوله: ﴿بخلاف الجاني على غير المغصوب﴾ فإنّه لا تجب عليه القيمة إلّا أن يدفع السيّد إليه العبد واحتمال رجوعه إلى قوله الأقرب الأكثر من المقدّر، بعيد جدّاً لطول الفصل، ولقوله بعده: فإن رجع ... إلى آخره.

قوله: ﴿فإن رجع على الأجنبيّ دفع إليه العبد﴾ عملاً بمقتضى النصّ والإجماع.

قوله: ﴿ويرجع بقيمته على الغاصب﴾ لأنّه مضمون عليه ولم يحدث شيء يسقط ضمانه عنه إلّا دفعه إلى الجاني بسبب جنايته المضمونة على الغاصب أيضاً، فيرجع المالك بقيمة العبد ناقصاً. ويحتمل أن يرجع بها تامّة، والعبارة محتملة للأمرين، فتأمّل.

قوله: ﴿وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجّاناً﴾ قد عرفت أنّ المالك إذا أراد أخذ قيمة العضو الّذي فيه تمام القيمة من الجاني أنّه يدفع إليه العبد ويأخذ قيمة العضو، فإذا جنى

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٣٩ و ٢٤٠.

عليه أجنبيّ في يد الغاصب ورجع المالك على الغاصب بالعبد وقيمة العضو فماذا يصنع الغاصب مع الجاني أيرجع عليه بالقيمة أم لا؟ الظاهر الأوّل، لأنّه قد ضمن ما باشر الجاني إتلافه، لكن لهم كلمات ستسمعها[1] في الجاني غير الغاصب تقضي بأن ليس للغاصب الرجوع عليه بشيء. فإذا رجع عليه فهل ليس له أن يرجع عليه بقيمة العضو إلّا بعد أن يدفع إليه قيمة ناقصة وهي قيمة العبد بعد قطع العضو منه فيأخذ من الجاني قيمة العبد قبل الجناية ويدفع إليه قيمته بعد الجناية فيتقاصّان إذا أمكن فيضمن الغاصب قيمتين إحداهما صحيحة يدفعها للمالك مع العبد وأُخرى ناقصة يدفعها الغاصب للجاني ويأخذ منه تامّة؟ أو له أن يرجع عليه مجّاناً من دون أن يدفع له القيمة الناقصة وهي قيمة العبد بعد الجناية؟ احتمالان بل قولان. وجه الأوّل: أنّ وجوب القيمة على الجاني مشروط بدفع العين، فإذا تعذّرت وجب المصير إلى القيمة، وأنّ الجاني يطالب المالك بالعبد ليغرم فبالأولى أن يطالب الغاصب بقيمته، وهو الّذي قوّاه في «الإيضاح[2]» وأورد[3] عليه بأنّ الاشتراط المذكور إنّما هو مع وجود العين، فإذا تعذّرت كانت كالتالف، ومع التلف لا ضمان قطعاً، والأولوية ممنوعة. ووجه الثاني: أنّ دفع العبد إلى الجاني إنّما هو حيث يمكن، وذلك حيث يكون تحت يد المستحقّ للقيمة، وإذا تعذّر ردّه لا يعقل وجوب دفعه، وإنّما هو كالتالف، والأصل براءة الذمّة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية للجاني، ولا دليل يدلّ على ذلك. وفي «جامع المقاصد[4]» أنّ فيه قوّة.

قلت: الحكم في الجاني مخالف للأصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق، فيتعيّن الثاني، ولكن ينبغي أن نلحظ الحال في الأصل الّذي هو الجاني الغير

(١) ستأتي هذه الكلمات من هذه الصفحة إلى ص ١٣٦.
(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٣.
(٣ و٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٢.

وفي عين البقرة والفرس وأطرافهما الأرش.

الغاصب كما إذا قطع أنفه وتعذّر على المالك دفعه إلى الجاني لإباقٍ أو نحوه، فمقتضى الأصل بمعنييه أنّه يرجع عليه بالقيمة، ولم يتعرّض له أحد من الأصحاب في باب القصاص والديات بعد فضل التتبّع، لكن لهم كلمات تدلّ على خلاف ذلك منها قولهم[١]: إنّه ليس لمولاه الرجوع بشيء إلّا أن يدفعه إلى الجاني، وقولهم[٢]: إنّ الشارع جعل له إمّا كمال الدية مع دفعه أو إمساكه مجّاناً إلى غير ذلك ممّا هو مثل ذلك وأوضح. وقضية ذلك أنّه لا يرجع عليه بشيء حينئذٍ، بل ذلك قد يقضي بأنّ الغاصب لا يرجع على الجاني إذا رجع عليه المالك.

[في ثبوت الأرش في عين البهائم]

قوله: ﴿وفي عين البقرة والفرس وأطرافهما الأرش﴾ لعلّ الغرض بيان أنّ الدابّة لا تقدير في قيمة شيء من أعضائها، بل يرجع إلى الأرش السوقي وليست كالعبد. ولا يفرّق فيها بين ما ينتفع بلحمها وظهرها أو أحدهما أو بغيرهما كما في «التذكرة[٣]» وظاهر غيرها[٤]. ولعلّ اقتصار «المبسوط[٥]» على الثلاثة الأُوَل للتنبيه على خلاف أبي حنيفة[٦]، كما أنّ اقتصار المصنّف على البقرة والفرس لعلّه

---

(١) كما في المختصر النافع: في الديات ص ٢٩٥، ورياض المسائل: في دية العبد ج ١٤ ص ١٩٤.

(٢) كما في شرائع الإسلام: في الشروط المعتبرة في القصاص ج ٤ ص ٢٠٨، ومسالك الأفهام: في مسائل القصاص بين الأحرار والعبيد ج ١٥ ص ١٣٠، وإيضاح الفوائد: في مقدار دية من عدى الحرّ المسلم ج ٤ ص ٦٨٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٣٩ فما بعده.

(٤) كشرائع الإسلام: في أحكام المغصوب ج ٤ ص ٧٦٦.

(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.

(٦) كما في المحلّى: في حكم دية العين ج ١٠ ص ٤٢٩، والمغني لابن قدامة: في بيان قدر ←

للتنبيه على خلاف أحمد[1].

وكيف كان، فممّا صرّح فيه بالأرش في عين الدابّة «المبسوط[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والمختلف[7] والإرشاد[8] وشرحه» لولده[9] و«الدروس[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] ومجمع البرهان[13]» وهو قضية إطلاق «النافع[14]» وديات «اللمعة[15] والروضة[16]» وغصبهما[17] وظاهر «غاية المراد[18]» وهو المحكي[19] عن القاضي، ومذهب الأكثر كما في «المسالك[20]» وأكثر المتأخّرين كما في «مجمع البرهان[21]» والمشهور كما في «الكفاية[22] والمفاتيح[23]». وفي الأخير

← الأرش في نقص المغصوب والجناية عليه ج ٥ ص ٣٨٧.

(١) المغني لابن قدامة: في بيان قدر الأرش في الجناية على المغصوب ج ٥ ص ٣٨٦.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢. (٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٧.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٣٩.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(٧) مختلف الشيعة: في الغصب ج٦ ص١٢٣. (٨) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج١ ص٤٤٦.

(٩) شرح الإرشاد للنيلي: في أحكام الغصب ص ٦٦ س ١٧.

(١٠) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.

(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٢.

(١٢ و٢٠) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٤ و١٩٣.

(١٣ و٢١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٠.

(١٤) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.

(١٥) اللمعة الدمشقية: الديات في الجناية على الحيوان ص ٣١١.

(١٦) الروضة البهية: الديات في الجناية على الحيوان ج ١٠ ص ٣٢٠.

(١٧) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥، والروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٦.

(١٨) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٠.

(١٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٣.

(٢٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٥.

(٢٣) مفاتيح الشرائع: في حكم الأرش في الطرف على الغاصب ج ٣ ص ١٧٢.

أيضاً أنّ مذهب الشيخ نادر. وفي «الروضة[1]» إن عاب المغصوب ولم تذهب عينه ضمن أرشه إجماعاً، انتهى. وفي «الرياض[2]» أنّ عليه عامّة المتأخّرين، لأنّه مال لهأرش كسائر الأموال، ويشهد لهإطلاق صحيحة أبي ولّاد، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه إليه[3].

وقال الشيخ في «الخلاف» إذا قلع عين دابّته كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع القيمة، وكذا كلّ ما كان في البدن منه اثنان، ففي الاثنين جميع القيمة وفي الواحد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[4]. وقال في «المبسوط» بعد ما حكيناه عنه: وروى أصحابنا في عين الدابّة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها. وكذلك قالوا في سائر الأطراف ممّا في البدن فيه اثنان ففيه كمال القيمة ... إلى آخره[5]. وظاهره الإجماع أيضاً، وقد نسبه إلى رواية أصحابنا. وقال في «السرائر»: إنّ ذلك ورد في الرقيق المماليك من بني آدم فحسب دون البهائم[6]. وقال في «المختلف»: يمكن حمل الرواية والإجماع الّذي ادّعاه الشيخ على غير الغاصب في أحد العينين بشرط نقص القدر عن الأرش[7].

وقال في «غاية المراد»: زعم ابن إدريس أنّ الرواية في كلّ ما في البدن منه اثنان القيمة وفي الواحدة نصفها إنّما هي في الإنسان، قال: ويمكن أن تكون الرواية غير هذه، إلّا أنّي لم أجد في كتب الأصحاب شيئاً من هذا المعنى سوى

(١) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٦.
(٢) رياض المسائل: في أحكام المغصوب ج ١٢ ص ٢٧٧.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الغصب ح ١ ج ١٧ ص ٣١٣.
(٤) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٧ مسألة ٤.
(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.
(٦) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٨.
(٧) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٣.

ماروواه ابن يعقوب عن عاصم بن حُمَيد[١] عن الباقر عليه السلام، وبإسناده إلى مسمع[٢] عن الصادق عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام قضى في عين الدابّة بربع ثمنها. وروى أبو العبّاس[٣] عن الصادق عليه السلام أنّه قال: من فقأ عين دابّة فعليه ربع ثمنها، انتهى[٤]. وصاحب «المسالك[٥]» استجود ردّ ابن إدريس على الشيخ من أنّ هذا الخبر لم يرد في الحيوان مطلقاً، وقال: نعم روى الكليني ... وساق الأخبار الثلاثة الّتي ذكرها الشهيد في «غاية المراد» على نحو ما ذكرها حرفاً فحرفاً، ونقل حمل المختلف حرفاً فحرفاً، وقال: وهذا الحمل حَسن لو صحّت الرواية، ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادّعاه الشيخ، انتهى.

ونحن نقول: في كلٍّ من كلام الخلاف والمبسوط والسرائر والمختلف وغاية المراد والمسالك نظر، بل في بعضها من وجوه. أمّا الخلاف والمبسوط فيوهن دعواه الإجماع فيهما صريحاً وظاهراً مصير مَن تقدّمه ومَن تأخّر عنه إلى خلافه، بل مصيره هو إلى خلافه، ففي «المقنعة[٦]» الحكم بالأرش في كسر عظام الحيوانات وجراحاتها. وفي «المراسم[٧]» أنّ الجناية على أعضائها بحسب قيمتها. وبذلك صرّح في «النهاية[٨] والوسيلة[٩]» مع زيادة فيهما وهو أنّ في فقأ عين البهيمة ربع قيمتها. وقد حكم في المسألة التاسعة من غصب «الخلاف[١٠]» بالأرش في آخر

(١ و٢) الكافي: فيما يصاب من البهائم وغيرها من الدوابّ ح ٢ و١ ج ٧ ص ٣٦٧.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ١٩ ص ٢٧٠.
(٤) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٠.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.
(٦) المقنعة: في الجنايات على الحيوان من البهائم وغيرها ص ٧٧٠.
(٧) المراسم: في الجناية على البهائم ص ٢٤٣.
(٨) النهاية: في الجنايات على الحيوان ص ٧٨١.
(٩) الوسيلة: في بيان أحكام الجناية على الحيوان ... ص ٤٢٨.
(١٠) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠١ مسألة ٩.

المسألة، وحكم فيه[1] في ذنب حمار القاضي بالأرش، وهو واحد، ولم يحكم بكمال القيمة. وأمّا ما عداه فيهما من الأخبار ففيه أنّ الأخبار الموجودة في «تهذيبه[2] والكافي[3] والفقيه[4]» ناطقة بأنّ في عين الدابّة الربع، وفيها الصحيح والحَسن، فإن أراد غيرها فمرسلة لا عامل بها إلّا هو في بعض المسائل دون بعض كما عرفت.

وأمّا ما في «السرائر» من قوله «فإنّما ورد ذلك في الرقيق المماليك» ففيه أنّا لم نجد هذه الأخبار، وإنّما الوارد في ذلك خبران قد سمعتهما فيما سلف[5] لابدّ في تصحيح دلالتهما من فضل تأمّل. وقد يكون أشار إلى مارواه في الإيضاح أو إلى معقد إجماع الخلاف هناك وأخباره كما نبّهنا عليه هناك[6].

وأمّا ما في «المختلف» ففيه: أنّه كيف يمكن حمل ما ادّعاه الشيخ من الإجماع والأخبار على أنّ في كلّ اثنين من الحيوان في كلّ واحدٍ منهما نصف القيمة وفي كلّ واحدٍ منه تمامها على غير غاصب في إحدى العينين بشرط نقص القدر عن الأرش أنّه ممّا لا يكاد يتمّ على أنّه غير تامّ في نفسه؟ وماذا يقول فيما إذا قطع أُذني الدابّة وعلى ما يحمله؟ وقد يعطي كلامه أنّ النزاع بين الشيخ والجماعة إنّما هو في الغاصب مع أنّ عباراتهم ورواياتهم صريحة في الجاني غاصباً كان أو غيره، إلّا أن يكون الغرض أنّ الإجماع والأخبار تقول بمضمونها (بمضمونهما ــ خ ل) في غير الغاصب، لأنّ الشيخ لم يفرّق بين الغاصب وغيره في العبد الّذي لأعضائه مقدّر فليكن رأيه ذلك في الدابّة ونحن لا نوافقه في ذلك،

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٦ مسألة ٣.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ في الجنايات على الحيوان ج ١٠ ص ٣٠٩.
(٣) الكافي: فيما يصاب من البهائم وغيرها من الدوابّ ح ١ ــ ٣ ج ٧ ص ٣٦٧ ــ ٣٦٨.
(٤) من لايحضره الفقيه: في نوادر الديات ح ٥٣٩٨ ج ٤ ص ١٧٢.
(٥ و٦) تقدّما في ص ١٢٣ ــ ١٢٤.

وحاصله تسليم الأخبار والإجماع وحملهما على غير الغاصب، وقد يقال[١]: إنّ تسليمهما يقضي بعدم الفرق بين الغاصب وغيره، إلّا أنّ أقوى ما يعتمد عليه في الفرق في العبد أنّه في الجنايات ملحق بالحرّ لمكان النصّ، والدابّة لا تلحق بالحرّ، فيكون ذلك حكمها دائماً والاستناد إلى أشقّ الأحوال غير مطّرد فيؤخذ مؤبّداً ولو لم تحمل روايات الشيخ على كون الأرش ذلك.

ويرد على الشهيدين أنّ الشيخ روى أيضاً في «التهذيب» صحيحاً عن عمر ابن أُذينة قال: كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن عليّ عليه السلام في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها، فقال: صدق الحسن قال عليّ عليه السلام ذلك[٢]. وصحيحاً عن عاصم بن حُمَيد عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى عليّ عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها[٣]. ورواه في «الكافي[٤]» حسناً بإبراهيم وهي صحيحة في زيادات حدود «الفقيه[٥]» وكأنّهما -أي الشهيدين- ما لحظا سوى الكافي كصاحب «الكفاية[٦] والرياض[٧]» فقد تكثّرت هذه الأخبار، وقد رواها المشايخ الثلاثة وظاهرهم العمل بها، وقد أفتى بها في «النهاية والوسيلة» ولا معارض لها، وخبر أبي ولّاد لا يعارضها. وليس فيها إلّا إعراض الأكثر عنها، واحتمال أنّهم جميعاً ما ظفروا بها جميعها بعيد جدّاً، لكن قد أفتى أبو حنيفة[٨] بذلك، وروى العامّة[٩] ذلك عن النبيّ صلى الله عليه وآله، وعن عمر

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢ و٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ من أبواب الجنايات على الحيوان ح ٢ و٣ ج ١٠ ص ٣٠٩.

(٤) الكافي: فيما يصاب من البهائم وغيرها من الدوابّ ح ١ ج ٧ ص ٣٦٧.

(٥) من لا يحضره الفقيه: في نوادر الديات ح ٥٣٩٨ ج ٤ ص ١٧٢.

(٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٤٤٥.

(٧) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

(٨) المغني لابن قدامة: في بيان قدر الأرش في ... ج ٥ ص ٣٨٧.

(٩) المصدر السابق، المحلّى لابن حزم: في حكم دية العين ج ١٠ ص ٤٢٨.

ولو مات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحرّ لو كان عبداً.

أنّه قال: إنّا كنّا ننزّلها منزلة الآدمي إلّا أنّه أجمع رأينا أنّ قيمتها ربع الثمن، فيحتمل حملها على التقية من عمر وأبي حنيفة.

ويرد على الشهيد الثاني أنّ ظاهر المختلف أو صريحه أنّه حمل الروايات الّتي ادّعاها الشيخ على النصف لاهذه الروايات. وصاحب «المسالك» فهم خلاف ذلك، قال كما أسمعناكه: حمل المختلف حَسن لو صحّت الرواية ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادّعاه الشيخ. ثمّ نسأله ما الّذي صحّح حمل المختلف عنده حتّى حسّنه.

هذا وشيخنا صاحب «الرياض [1]» لم يحرّر محل النزاع فقال: إنّ إطلاق عبارة النافع يقتضي عدم الفرق في الحكم بلزوم الأرش بالعيب بين ما لو كان بجناية الغاصب في العين ونحوها ممّا في البدن منه اثنان وبين غيره، خلافاً للخلاف فادّعى في جناية الغاصب في إحدى العينين وما في معناها نصف القيمة وفي كلتيهما تمامها، انتهى. ولعلّ الّذي أوقعه في الوهم كلام المختلف، وقد عرفت الحال في ذلك.

[فيما لو مات الحيوان في يد الغاصب]

قوله: ﴿ولو مات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحرّ لو كان عبداً﴾ أي لو مات الحيوان المفهوم من المقام في يد الغاصب ضمن قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ، وقد تقدّم الكلام [2] فيه، ولمّا سبق حكم الجناية على الإنسان والحيوان ولم يذكر الموت تداركه هنا.

---

(١) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

(٢) تقدّم في ص ١١٩ ـ ١٢٤.

وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليّاً،

[في أنّ ضمان المثليّ بالمثليّ]

قوله: ﴿وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليّاً﴾ كما في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والوسيلة[3] والغنية[4] والسرائر[5] والشرائع[6] والنافع[7]» وسائر ما تأخّر عنها إلى «الرياض[8]» وبه طفحت عباراتهم في أبواب المعاملات بل وغيرها يأخذونه في الجميع مسلّماً، وفي «جامع المقاصد[9]» الإجماع عليه، وفي ظاهر «كشف الرموز[10]» وصريح «الرياض» نفي الخلاف فيه[11]. وقال في «غاية المراد» أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله إلّا ما يظهر من ابن الجنيد فإنّه قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه، قال: ولعلّه يريد القيمي[12].

ويدلّ عليه بعد الإجماع قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[13] وأنّ المثل يعرف مشاهدة والقيمة يرجع فيها إلى الاجتهاد،

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٥ مسألة ١.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٥٩.

(٣) الوسيلة: في بيان الغصب ص ٢٧٦.

(٤) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٨.

(٥) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٠.

(٦) شرائع الإسلام: في حكم الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٧) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.

(٨) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٧، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥، والطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٥.

(١٠) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

(١١) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٦٩.

(١٢) غاية المراد: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٣٩٨.

(١٣) البقرة: ١٩٤.

وهو ما تتساوى قيمة أجزائه،

والمعلوم مقدّم على المظنون ومثل الشيء أقرب إليه من غيره، وإذا تعذّرت العين وجب المصير إلى الأقرب.

قوله: ﴿وهو ما تتساوى قيمة أجزائه﴾ كما في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والغنية[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والنافع[6] وكشف‌الرموز[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والمهذّب البارع[10] والمقتصر[11] والتنقيح[12]» وفيه وفي «المسالك[13] والكفاية[14]» أنّه المشهور، وقد زاد الشيخ[15] وابن زهرة[16] وكذا المصنّف في «التذكرة[17]» بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهما كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان وما أشبه ذلك.

والمراد بتساوي قيمة أجزائه تساوي قيمة أجزاء النوع منه كالحبوب

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٦ مسألة ٢.

(٢ و١٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٥٩ ـ ٦٠.

(٣ و١٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٨.

(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٠.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٦) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.

(٧) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

(٨ و١٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨١ س ١١ و٣٠.

(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(١٠) المهذّب البارع: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٢٥١.

(١١) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٢.

(١٢) التنقيح الرائع: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٦٩.

(١٣) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٢.

(١٤) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٣٩ ـ ٦٤٠.

والأدهان، فإنّ المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة ونصفه يساوي نصف قيمته. وقد نقضوه بالثوب والأرض فإنّ قيمة أجزائهما متساوية وليسا مثليين. وفيه منع، فإنّ ذراعاً من الثوب أو الأرض قد يسوّي درهماً والآخر نصف درهم أو لا يساوي شيئاً، فإن حصلت المساواة عرفاً قلنا هما مثليان ولا مانع كما ستسمع.

وأورد عليه في «مجمع البرهان[1]» أنّه إن أُريد التساوي بالكلّية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف، إذ ما من شيء إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل إنّه مثلي، فإنّ قفيزاً من حنطة يساوي عشرة وآخر يساوي عشرين، وبالجملة التفاوت معلوم. وإن أُريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود مثل الثوب والأرض ونحوهما. وإن أُريد مقداراً خاصّاً فهو حوالة على المجهول، انتهى.

وأجاب الأُستاذ فيما حكى عنه سبطه شيخنا صاحب «الرياض[2]» بأنّه لعلّ المراد التساوي المتعارف المعتدّ به عند أهل العرف، أي الّذي يكون متساوي الأجزاء عرفاً يكون مثليّاً وغير المتساوي كذلك غير مثلي، انتهى.

قلت: قد أشار هو في آخر كلامه في «مجمع البرهان[3]» إلى ذلك فقال ما حاصله: كلّ شيء يكون له مثل في العرف يؤخذ بدلاً كالحنطة ولا يؤخذ كلّ حنطة بل الحنطة الّتي هي مثل ما أتلفها عرفاً وقيمةً، فتؤخذ الجيّدة بدل الجيّدة ولا تؤخذ الرديئة بدل الجيّدة وبالعكس، بل إذا كان ثوب مثل ثوب آخر في لونه وصورته وقيمته بحيث لا يفرّق أهل العرف بينهما كان مثلاً له، وكذلك الشأن في الملاعق والمغارف والأشعار والأوبار ونحو ذلك. قلت: ويأتي في «جامع المقاصد» أنّ الثوب مثلي.

واعتذر المحقّق الثاني عن التعريف المذكور بأنّ الظاهر منه إرادة ضبط المثلي

(١ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٢ و٥٢٣.

(٢) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧١.

بحيث يتميّز فضل تميّز لا التعريف الحقيقي، أو يكون التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان داخلاً في التعريف فيكون انكشافه بهذه الأمثلة [١].

وقد يقال عليه في الأوّل: إنّه إن حصل التمييز التامّ بحيث امتاز عمّا عداه ودفعت عنه النقوض حصل المطلوب، وإلّا بقي مجهولاً وإن تميّزت أكثر أفراده فضل تميّز، لأنّ ذلك غير كافٍ في بناء الحكم عليه. ويقال عليه في الثاني: إنّه إنّما تعرّض له اثنان أو ثلاثة والظاهر أنّهم لم يريدوا إدخاله في التعريف وإلّا لأدخله الباقون، سلّمنا لكنّه بالتمثيل لا يحصل التميّز التامّ، إذ يمكن أن يقال: إنّ الثوب والأرض منه، وإن أراد أنّه بدخوله في التعريف يحصل الانكشاف لا التعريف الجامع المانع وإنّما يتّضح أكثره كان كالاحتمال الأوّل ويرد عليه ما يرد عليه [٢].

وذكر في «المسالك» أنّه اعترض عليه ـ أي التعريف ـ بأنّه إن اُريد بالأجزاء كلّما تركّب عنه الشيء لزم أن لا تكون الحبوب مثلية، لأنّها تتركّب من القشور والألباب والقشر واللبّ مختلفان في القيمة. وكذلك التمر والزبيب لما فيهما من التمر والعجم، وإن اُريد الأجزاء الّتي يقع عليها اسم الجملة لزم أن لا يكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها وذلك يؤثّر في القيمة [٣]. وهو كما ترى وكان الأولى أن لا يسطّر.

وعرّفه في «التحرير [٤]» بأنّه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته، وفي «الدروس [٥] والروضة [٦]» أنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات، وفي

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٥.

(٢) نقل هذا القول الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٣ ـ ٥٢٤.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٢.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٣٦.

«المسالك[1] والكفاية[2]» أنّه أقرب التعريفات إلى السلامة. وقد يقال[3]: إنّه لا يكاد يخرج الثوب بل ولا الأرض وبعض ما تقدّم مع زيادة إيهام التساوي وكذا تقارب الصفات، فتأمّل. ونحوه ما في «غاية المراد[4]» من أنّه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعيّة، إذ الظاهر صدقه على ما تقدّم من الأرض والثوب ونحوهما، مع إشكال تحقيق الاتّفاق في الحقيقة النوعية ومرجعه إلى ما يكون اسم القليل والكثير منه واحداً كالماء والدبس.

وحكى في «التذكرة» عن بعض فقهاء العامّة تعريفه بأنّه كلّ مقدّر بكيل أو وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً، لأنّ السلم يثبت بالوصف في الذمّة والضمان شبهه لأنّه يثبت في الذمّة. وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين في قضية التماثل. قال: واعترض على العبارات الثلاث بأنّ القماقم والملاعق والمغارف المتّخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية ونقض الأوّل بالمعجونات[5]. وفي «مجمع البرهان[6]» أنّه يشكل أيضاً بالغزل والصوف والوبر والشعر والقطن ونحوها فإنّها غير مثلية مع صدق التعريف إلّا أن يقولوا إنّها مثليّة. وأيضاً ليس للكيل والوزن ضبط في غير ما تحقّق في عصره صلى الله عليه وآله، وهو قليل كما بيّنّاه في باب البيع[7]. وقد قالوا فيما لم يتحقّق كيله ووزنه في عصره إنّه يتّبع حال البلد، فيلزم كون الشيء الواحد مثليّاً في بلد قيميّاً في آخر إلّا أن يلتزموه أو يقولوا لا يجوز السلم فيها

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٣.

(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.

(٣ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٤ ـ ٥٢٥.

(٤) غاية المراد: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٣٩٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨١ س ١١ ـ ٢١.

(٧) تقدّم في ج ١٣ عند شرح قوله «ولو تعذّر كيله ...» ص ٢٨ ـ ٣٨.

ولا بيع بعضها ببعض. وحينئذٍ لا يتمّ تعريفهم الأوّل بدون الزيادة، على أنّ الزيادة الثانية لم يتّضح معناها.

وكيف كان، فالظاهر أنّ المدار في هذه التعاريف على العرف، إذ ليس للمثل تفسير في الشرع، والظاهر أنّ المعنى اللغوي غير مراد فإنّ المثل لغةً هو المشابه والمماثل في الجملة كما صرّح به في مسألة لا يستوي وقالوا: إنّ المراد المساواة بحسب العرف لا من بعض الوجوه ولا من جميع الوجوه، فإنّ الأوّل موجود في الكلّ والثاني موجب للاتّحاد، والعرف إذا لم يتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر بما حكيناه عن الاُستاذ والمقدّس الأردبيلي آنفاً[1] إلّا ما خرج عنه بيقين، وكلامهم في باب القرض يشهد بذلك، فليلحظ ما كتبناه هناك[2] ويأتي ما يؤيّده قريباً.

وقد يقال[3]: إنّ ذلك ـ أي الرجوع إلى العرف واللغة ـ فرع تعلّق (تعليق ـ خ ل) الحكم عليه، ولم يعلّق الحكم على لفظ «المثل» في كلام الشارع عدا قوله جلّ شأنه: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[4] مع احتمال إرادة مثل أصل الاعتداء لا مثل المعتدى فيه الّذي هو ما نحن فيه. فالمدار في اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي على الإجماع والاعتبار، وليس فيهما ما يرجّح أحد التعاريف، فليرجع في خصوص الأفراد إلى ما اتّفقوا على كونه مثليّاً، وأمّا ما عداه فينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع إلى الرضا والصلح إن أمكن، وإلّا فلا يبعد ترجيح مختار الأكثر بالشهرة، ولولاها لكان العمل بالتخيير بين الآراء متّجهاً.

وفيه: أنّ الاحتمال الّذي ذكره في الآية خلاف المتبادر، وقد أطبقوا على

---

(١) تقدّم في ص ١٣٩.
(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ١٤٤ ـ ١٥١.
(٣) نقل هذا القول الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٠.
(٤) البقرة: ١٩٤.

فإن تعذّر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الإعواز.

العمل بها في مثل المعتدى فيه في باب القصاص والديات، واستند إليها جماعة كثيرون في المسألة في الباب، سلّمنا لكنّ في انعقاد الإجماع على اعتبار المثل أكمل بلاغ، فلابدّ حينئذٍ من الرجوع إلى اللغة أو العرف، وتعاريف الخاصّة مشتركة في النقض عليها بالثوب والأرض وغيرهما فكيف يتأتّى التخيير؟ وتعاريف العامّة خالية عن هذا النقض منقوضة بما عرفت ممّا هو أعظم، فلابدّ من المصير إلى العرف بالمعنى الّذي ذكره الاُستاذ والمقدّس الأردبيلي إلّا ما خرج عنه بالإجماع على أنّه قيمي، فليتأمّل جيّداً، وقد تقدّم لنا الكلام في ذلك في عدّة مواضع.

قوله: ﴿فإن تعذّر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الإعواز﴾ أمّا أنّه ينتقل إلى القيمة عند التعذّر فهو ممّا طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل هو إجماعي. ولعلّ دليله بعده أنّ الضرر منفي، وأنّ تكليف ما لا يطاق غير جائز، وأنّ في تأخير الحقّ إضراراً أيضاً، فتعيّنت القيمة جمعاً بين الحقين. ويأتي لجماعة منهم المصنّف فيما يأتي أنّه لا ينتقل إلى قيمة المثل إلّا حيث يتلف المثلي والمثل موجود ولم يغرمه، وإلّا فالواجب قيمة المغصوب التالف لا مثله.

وأمّا أنّها تلزم يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم بها الحاكم يوم الإعواز، فممّا صرّح به في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والغنية[3] والسرائر[4] والشرائع[5]

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٥ مسألة ١.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٠.

(٣) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٨.

(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٠.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

والتحرير[1] والتذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] ومجمع البرهان[6]» وهو قضية كلام مَن اقتصر على لزوم القيمة يوم الإقباض «كالإرشاد[7]» وغيره[8]. والحاصل: إنّي لم أجد مخالفاً منّا في ذلك، بل ولا متأمّلاً في هذا الباب إلّا قوله في «الإيضاح[9]»: إنّ الاحتمال الرابع أصحّ، وإلّا قوله في «المفاتيح[10]»: وقيل وقت الإعواز، فما في «المسالك[11] والكفاية[12]» من أنّه الأشهر أو الأظهر بين الأصحاب وكذا «الرياض[13]» لم يصادف محلّه. وقد يتوهّم من عبارة «التذكرة» أنّ الشيخ مخالف، وليس كذلك. وما ذكر فيما يأتي من «الكتاب والمسالك والكفاية» من الأوجه الأربعة الأُخر فسيأتي الكلام فيها[14] إن شاء الله تعالى، على أنّها ليست أيضاً لأحدٍ منّا في الباب، وإنّما هي أحد الوجوه العشرة الّتي ذكرها الشافعيّة ذكرها في «التذكرة[15]». نعم اختلفوا في باب القرض فيه ـ أي في وقت وجوب قيمة المثل في المثلي إذا تعذّر ـ على أقوال: فبعض على أنّها تجب قيمته يوم المطالبة، وبعض وقت القرض، وبعض وقت التعذّر، ولا نجد فرقاً

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(٢ و ١٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٧ و ١٨.

(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٥.

(٥ و ١١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٤ ـ ١٨٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٧ ـ ٥٢٨.

(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.

(٨) كما في غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٨.

(٩) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

(١٠) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ المغصوب وأحكامه ج ٣ ص ١٧٢.

(١٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.

(١٣) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٢.

(١٤) ستأتي هذه الاحتمالات في ص ١٦٩ ـ ١٨٠.

بين المقامين، وقد قال في «السرائر[1]»: الكلام في القرض كالكلام في الغصب سواء لا يفترقان، وقد اتّفقوا هنا واختلفوا هناك، إلّا أن تقول لا خلاف هناك، لأنّ المخالف هناك نادر، أو تفرّق بأنّ الغاصب يكلّف بالأشقّ والغالب أنّ يوم الإقباض أشقّ، فتأمّل. وقد استوفينا الكلام هناك[2] فليلحظ، ويأتي تمام الكلام.

ووجه ما عليه الأصحاب أنّ الواجب في الذمّة هو المثل، فعند إرادة التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذّر المثل. ولو وجبت القيمة وقت الإعواز لكان إذا تمكّن من المثل بعد الإعواز ولم يسلّم العوض لا يجزي تسليم المثل، لاستقرار القيمة في الذمّة، والأصل بقاؤها، والتالي باطل. وحكم الحاكم بها على تقدير الإعواز مترتّب على طلب المالك، فإن دفعها الغاصب فذاك، وإلّا لم يوجب الحكم تقديرها بذلك الوقت من حيث إنّ الحكم تعلّق به، لأنّه وقت يجب فيه الدفع، فإذا أخّره إلى وقتٍ آخر فالمعتبر وقت الدفع، ولا ينافي ذلك الحكم، لأنّ الثابت في الذمّة المثل، ولا يتغيّر إلّا بدفع مثله على كلّ تقدير.

والمراد بتعذّر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه كما في «التذكرة[3]» ولم يجد ما حواليه، وقد استظهر في «جامع المقاصد[4]» أنّ المرجع فيه إلى العرف. ونحوه ما في «المسالك[5] والكفاية[6]» من وصفه بكونه ممّا ينقل إليه عادة كما ذكروه[7] في انقطاع المسلم فيه. وقد يقال: إنّ مقتضى الأصل والغصب لزوم تحصيل المثل

---

(١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩١.
(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ١٤٤ ـ ١٤٩.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٦.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٥.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٣ ـ ١٨٤.
(٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.
(٧) تقدّم في ج ١٣ ص ٧٥٠ ـ ٧٥٤.

وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي،

ولو من البلاد النائية الّتي لا ينقل منها عادةً إن لم يستلزم التكليف بالمحال [١]، فتأمّل. وفي «التحرير» لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء [٢].

وفي «التحرير [٣] والتذكرة [٤] والكتاب» فيما يأتي [٥] و«الدروس وجامع المقاصد» فيما يأتي [٦] و«المسالك [٧]» وغيرها [٨] أنّه لو قدر على المثل بعد دفع القيمة لا يجب ردّ القيمة، لأنّها إنّما رجعت لتعذّر المثل. وهو باقٍ، بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمة، لأنّ القيمة ليست بدلاً عن العين حقيقةً وإنّما هي مأخوذة للحيلولة. ثمّ إنّ العين عين حقّه والمثل بدل، ولا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقّه تمكينه من الرجوع إلى بدله.

والمراد باليوم في كلامهم [٩] وقت الإقباض وحينه لا تمام اليوم، لإمكان اختلاف القيمة فيه، أو هو مبنيّ على الغالب.

[في أنّ ضمان القيميّ بالقيمة]

قوله: ﴿وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي﴾ أمّا

---

(١) نقل هذا القول الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧١.

(٢ و٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٧.

(٥ و٦) سيأتيان في ص ١٧٥ ـ ١٧٧.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٤.

(٨) كما في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧١.

(٩) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٤، والطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٢، والسبزواري في كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.

ضمان القيمي بالقيمة ففي «الدروس[١] وغاية المراد[٢] والروضة[٣]» أنّه المشهور. قلت: لا أجد فيه في الباب خلافاً إلّا ما يحكى عن أبي عليّ ـ وقد تقدّم كلامه آنفاً[٤] ـ وما يظهر من قرض «الخلاف[٥]» وما لعلّه يظهر من المحقّق[٦] في باب القرض من أنّ الواجب في القيمي مثله، مستندين إلى أنّه أقرب إلى الحقيقة ولخبرين عامّيّين: أحدهما خبر عائشة لمّا أخذتها الغيرة والأفكل فكسرت إناء صفية، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لمّا سألته عائشة عن كفّارة ذلك: إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام[٧]. والثاني أنّ امرأة كسرت قصعة امرأة اُخرى فدفع رسول الله صلى الله عليه وآله قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة[٨]. وقد عورضا بخبر آخر عامّي[٩]، وحملهما الأكثر على أنّه صلى الله عليه وآله علم بالرضا منهما كما بيّنّا ذلك كلّه في باب القرض[١٠] وذكرنا هناك تفصيل «التذكرة». وفي «جامع المقاصد» كما سيأتي[١١] إن شاء الله تعالى أنّ خلاف أبي عليّ كاد يكون مضمحلّاً. وكيف كان، فقد اتّفقوا هنا من غير تأمّل ولاخلاف، وهناك تأمّل بعض وخالف آخرون كما هو الشأن في المسألة المتقدّمة.

وأمّا أنّه يضمن بقيمته يوم الغصب فهو خيرة «المقنعة[١٢] والمراسم[١٣]

---

(١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

(٢) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٣) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤١.

(٤) تقدّم في ص ١٣٢.

(٥) الخلاف: في أحكام القرض ج ٣ ص ١٧٥ مسألة ٢٨٧.

(٦) شرائع الإسلام: فيما يصحّ إقراضه ج ٢ ص ٦٨.

(٧) المغني: في الغصب ج ٥ ص ٣٧٥ وراجع السنن الكبرى: في الغصب ص ٩٦.

(٨) السنن الكبرى: في الغصب ج ٦ ص ٩٦.

(٩) المصدر السابق: في العتق ج ١٠ ص ٢٧٣.

(١٠) تقدّم في ج ١٥ في شروط ما يصحّ قرضه ص ١٤٢ ـ ١٤٩.

(١١) سيأتي في ص ١٧٠.

(١٢) المقنعة: في إجازة البيع وصحّته وفساده ... ص ٦٠٧.

(١٣) لم نعثر عليه.

والمبسوط[١] والنهاية[٢]» في موضع منهما و«النافع[٣] وكشف الرموز[٤]» وكأنّه مال إليه في «الإرشاد[٥]». وفي «الشرائع[٦] والتحرير[٧]» أنّه مذهب الأكثر.

ووجهه أنّه أوّل وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنّما هو لقيمته، فيضمن به حالة ابتدائه. وضعّفوه[٨] بأنّ الحكم بضمان العين بمعنى أنّها لو تلفت وجب بدلها وهو القيمة، لا وجوب قيمتها حينئذٍ، فإنّ الواجب ما دامت العين باقية ردّها، ولا ينتقل إلى القيمة إلّا مع التلف، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

وقد استدلّ عليه في «الروضة[٩]» بصحيحة أبي ولّاد قال: أرايت لو عطب البغل أونفق أليس كان يلزمني؟ فقال عليه السلام: نعم قيمة البغل يوم خالفته[١٠]. وهو مبنيّ على أنّ الظرف صلة للقيمة حتّى يكون المراد: القيمة الثابتة يوم المخالفة، ويعارضه احتمال أن يكون المراد يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة بمعنى أنّها تتعلّق بك ذلك اليوم، وحينئذٍ فحدّ القيمة غير مبيّن يرجع فيه إلى ما يقتضيه الدليل كما

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٠. (٢) النهاية: في بيع الغرر والمجازفة ... ص ٤٠٢.
(٣) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨. (٤) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٢.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.
(٨) كما في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٥، ورياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٢.
(٩) الروضة البهية: الغصب ج ٧ ص ٤١ ـ ٤٢.
(١٠) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الغصب ح ١ ج ١٧ ص ٣١٣. وقد روى بلفظ «قيمة بغل يوم خالفته» وعليه تكون كلمة «القيمة» مضافةً إلى كلمة «البغل» معرّاةً عن حرف التعريف ويكون الظرف قيداً لنفس القيمة المقيّدة بالبغل بلا شكّ، ويؤيّده أنّه لو كان الظرف متعلّقاً بنفس المكلّف الملزم بالقيمة يكون ذِكر جملة «يوم خالفته» لغواً وبلا أثر، والحال أنّ الظاهر من الكلام أنّها مقصودة حتماً، فتأمّل.

وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأي،

بيّنّاه[١] في باب البيع. ودعوى أنّ الأوّل هو الظاهر معارضة باعتباره عليه السلام بعد ذلك في أرش العيب القيمة يوم الردّ، قال: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه. ولو كان فيه دلالة ما أهمله القوم.

وهذا القول فاسد، لأنّه لو غصبه ثمّ رهنه أو استودعه من جاهل بالغصب ثمّ تلف في يد المرتهن أو المستودع وقيمته حينئذٍ مثلاً عشرون وكانت قيمته يوم غصبه الغاصب عشرة فرجع المالك على المستودع والمرتهن بالعشرين، فإن رجع على الغاصب بالعشرين يكون قد ضمن للمالك قيمته في غير يوم غصبه، وإن رجع عليه بعشرة يكون قد ضمن مَن ليست يده يد ضمان... إلى غير ذلك ممّا يرد عليه وعلى القول الثاني والثالث، فالأوجه الثلاثة باطلة.

قوله: ﴿وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأي﴾ هو خيرة «الخلاف[٢] والمبسوط[٣] والنهاية[٤]» في موضع منهما و«الوسيلة[٥] والغنية[٦] والسرائر[٧] والإيضاح[٨] واللمعة[٩] والمقتصر[١٠] والتبصرة[١١]» على إشكال.

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٣١ ـ ٦٣٨.

(٢) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٥ مسألة ٣٠.

(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٢.

(٤) الموجود في النهاية هو الحكم بقيمة يوم الغصب ولم نجد فيه ما نسبه إليه الشارح قدس سره، فراجع النهاية: ص ٤٠٢ وغيرها، وتفحّص لعلّك تجد ما هو المنسوب إليه.

(٥) الوسيلة: في بيان الغصب ص ٢٧٦.

(٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٩.

(٧) السرائر: في بيان أحكام الغصب ج ٢ ص ٤٨١.

(٨) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

(١٠) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٢.

(١١) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٨.

وكذا «شرح الإرشاد» للفخر [١]. وفي بيع «المختلف [٢]» نسبته إلى علمائنا، وفي غصبه أنّه أشهر. واستحسنه في «الشرائع [٣]» وكأنّه قال به أو مال إليه في «الكفاية [٤]». وفي «المسالك [٥]» أنّ في خبر أبي ولّاد ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين. وكأنّه قال به وقوّاه في «الروضة [٦]» أيضاً لمكان هذا الخبر الصحيح. ولاتغفل عمّا حكيناه عنه فيها في القول الأوّل. ولعلّه فهم ذلك من قوله عليه‌السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك». وفي «الدروس [٧]» أنّه أنسب بعقوبة الغاصب.

وقد استدلّوا عليه بأنّه مضمون في جميع حالاته الّتي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده، وأنّه يناسب التغليظ على الغاصب.

وضعّف بأنّ الزيادة للسوق ما دامت باقية غير مضمونة إجماعاً، ولا يلزم من ضمانها لو تلف في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها فيها، لأنّ ضمانها على تقدير تلفها في الحالة العليا ما جاء من قبل الزيادة بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، وهو منتفٍ على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. وأخذه بأشقّ الأحوال لا يجوز بغير دليل يقتضيه. وقد تبيّن ضعفه كما ذكر ذلك كلّه في «المسالك [٨]» وغيرها [٩].

---

(١) حاشية إرشاد الأذهان للنيلي: في الغصب ص ٦٦ س ١١.
(٢) مختلف الشيعة: في عقد البيع وشرائطه ج ٥ ص ٥٦، وفي الغصب ج ٦ ص ١١٦.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٤) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠ ـ ٦٤١.
(٥ و٨) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٦ و١٨٧.
(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٢ ـ ٤٣.
(٧) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.
(٩) كما في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٤.

وحكى الشهيد[1] عن المحقّق رحمه الله في أحد قوليه أنّه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة*، وهو مبنيّ على أنّ القيمي يضمن بمثله كالمثلي وإنّما ينتقل إلى القيمة عند دفعها لتعذّر المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة، لأنّ الزائد في كلّ آنٍ سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها وإليه أشار في «الشرائع[2]» بقوله: ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردّد ومنشؤه الشكّ في أنّ الواجب في القيمي المثل أو القيمة، وعلى المعروف بين الأصحاب لا وجه لهذا القول. نعم يتّجه بملاحظة أنّ منعه عن العين وعدم تمكينه منها حين ارتفاع قيمتها ضرر عليه وتفويت لتلك المنفعة العليا، ولهذا اختاره الأُستاذ رحمه الله فيما حكي عنه[3]. وهو كما ترى مع إطباق الأصحاب على خلافه. وهو غير ما قوّيناه فيما إذا أراد بيعه بقيمة عالية لراغب فيه ومنعه عن ذلك، لأنّه يكون قد أضرّه وفوّت عليه كسبه.

وهناك قول آخر وهو أنّ الواجب قيمته حين التلف وهو خيرة «الكتاب[4]» في آخر باب البيع و«التذكرة[5] والمختلف[6] والتحرير[7] والدروس[8] والتنقيح[9]

---

* ـ هذا قول آخر غير مشهور (منه).

---

(١) نقله الشهيد الثاني في الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٠.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٣) حكاه الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.
(٤) قواعد الأحكام: البيع في اختلاف المتعاقدين ج ٢ ص ٩٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: البيع في العوضين ج ١٠ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠.
(٦) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٦.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٠.
(٨) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.
(٩) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٠.

وجامع المقاصد[1] ومجمع البرهان[2]» والمحكي عن القاضي[3]. وفي «الدروس[4]» وكذا «الروضة[5]» نسبته إلى الأكثر. وقد يظهر من «النافع[6]» أنّه ليس قولاً لأحد. وإنّما هو مجرّد وجه كما أنّ المصنّف لم يذكره هنا وجهاً ولا قولاً ولم يذكره كذلك في بيع الكتاب والتحرير في مسألة ما لو باع بحكم أحدهما.

ووجه هذا القول (الوجه ـ خ ل) أنّ الواجب زمن بقاء العين إنّما هو ردّها سواء كانت القيمة زائدة أو ناقصة من غير ضمان شيء من النقص إجماعاً كما في «المختلف[7] والروضة[8]» فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحقّ إليها لتعذّر البدل، ومع وجود العين لا تتعلّق القيمة بالذمّة وإنّما الذمّة مشغولة بردّ العين، والانتقال إلى القيمة انتقال إلى البدل، وهو إنّما يثبت حال وجوبه وهو حالة التلف. وقد يقال[9]: إنّا نمنع أنّه ينتقل إلى القيمة حين التلف بل نقول إنّه ينتقل إلى أعلى القيم حين التلف لأمرٍ آخر وهو خبر الضرر كما تقدّم[10] تقريب الاستدلال به آنفاً، فتدبّر.

هذا ومحلّ الخلاف كما صرّح به جماعة من غير خلاف كالمصنّف في

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٦.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٧ ـ ٥٢٨.
(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٦.
(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.
(٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤١.
(٦) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.
(٧) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٦.
(٨) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤١.
(٩) نقل هذا القول الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٥.
(١٠) تقدّم في ص ١٤٢.

ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك. وإذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان،

«المختلف[1]» والشهيدين[2] والمحقّق الثاني[3] وغيرهم[4] ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق، أمّا إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثمّ تلفت فإنّ الأعلى مضمون إجماعاً كما في «المسالك[5] والروضة[6]» وظاهر «جامع المقاصد» حيث قال قطعاً[7] كما تقدّم بيانه في فصل المتعاقدين[8].

قوله: ﴿ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك﴾ إذا حكمنا بضمان القيمة على أيّ وجه سوى ما حكي عن المحقّق[9] فلا عبرة بزيادتها ولانقصانها بعد يوم التلف، لأنّ الواجب القيمة متى حكم بها استقرّت. نعم لو قلنا بأنّ الواجب في القيمي مثله اتّجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما في المثلي كما تقدّم[10] فيما حكي عن المحقّق.

[في نفي الضمان عند إتلاف آلات الملاهي]

قوله: ﴿وإذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان﴾ كما هو قضية كلام

---

(١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٦.

(٢) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥، ومسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٧.

(٣ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٧.

(٤) كما في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٦.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٧.

(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٣ ـ ٤٤.

(٨) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٣١ ـ ٦٣٨.

(٩) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.

(١٠) تقدّم في ص ١٤٧.

فإن أُحرقت ضمن قيمة الرُضاض،

«المبسوط[١]» وصريح «التذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] وجامع المقاصد[٥] ومجمع البرهان[٦] والكفاية[٧]» وفي الأخير: أنّه قطع به الأصحاب. وفي «جامع المقاصد» أنّه لاريب فيه، لأنّ تلك الهيئة محرّمة لا حرمة لها. واختلف العامّة[٨] في الحدّ المشروع لإبطالها على وجهين، أحدهما: أنّها تكسر حتّى تنتهي إلى حدّ لا يمكن اتخاذ آلة محرّمة منها لا الأُولى ولا غيرها. وفي «جامع المقاصد[٩]» أنّه ليس ببعيد، لأنّه أزجر لمن هي له. وأظهرهما عندهم أنّه لا تكسر الكسر الفاحش لكنّها تفصل. وفي حدّ التفصيل وجهان، أحدهما: أنّها تفصّل مقدار لا يصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه البربط وترك على شكل قصعة كفى. والثاني: أن تفصّل إلى حدّ لو فرض اتخاذ آلة محرّمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب.

إذا عُرف هذا فمَن اقتصر في إبطالها على الحدّ المشروع فلا إثم عليه ولاضمان، ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحدّ المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحدّ الّذي أتى به.

قوله: ﴿فإن أُحرقت ضمن قيمة الرُضاض﴾ كما هو قضية كلام

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦١.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في بيان ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٧٩ س ٣٣ فما بعد.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٢.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.

(٥ و ٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٧.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٩.

(٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٥.

(٨) كما في المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٧٥، والحاوي الكبير: في الغصب ج ٧ ص ٢٢٠ ـ ٢٢١.

وكذا الصليب والصنم.

«المبسوط[1]» وصريح «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3] ومجمع البرهان[4] والكفاية[5]» وفي الأخير نسبته إلى قطع الأصحاب. وما في الكتاب هو معنى قوله في «التذكرة»: من أحرقها فعليه قيمتها في الحدّ المشروع.

واحتجّ عليه في «جامع المقاصد[6]» بأنّ الرضاض[7] وهو الّذي يبقى بعد الكسر محترم، ومعناه أنّه مملوك كما هو واضح، وقد تقدّم في باب المكاسب[8] أنّ آلات اللهو لا تعدّ مالاً وأنّها غير مملوكة في ظاهر كلام جماعة، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك. والأمر في الصلبان والأصنام واضح ولا قائل بالفرق على الظاهر. وقد حاولنا هناك الجمع بين كلامهم في المقامين بأن يكون المراد أنّ المادّة تملك دون الصورة، أو أنّ المادّة لا تضمن لو توقّف إتلاف الصورة عليها أو لا تملك مطلقاً، ولا كذلك الرضاض بعد كسرها، فتأمّل جيّداً. ويأتي[9] بيان الحال في أواني الذهب والفضّة على المشهور من حرمة عملها واتّخاذها للقنية والتزيين عند تعرّض المصنّف له، وتمام الكلام بما لا مزيد عليه في باب المكاسب.

قوله: ﴿وكذا الصليب والصنم﴾ كما في «التذكرة[10]» وفي «الكفاية[11]»

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٧٩ س ٤١.
(٣ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٧.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٩.
(٥ و١١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٥.
(٧) رُضاض الشيء: فُتاته، وكلّ شيء كسرته فقد رَضرَضتَه. (لسان العرب: مادّة «رضض»).
(٨) تقدّم في ج ١٢ ص ١٠٦ في حكم بيع ما يكون المقصود منه حراماً.
(٩) سيأتي في ص ١٧٩ ـ ١٨١ و١٩٦.
(١٠) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ س ٣٤.

والمستولدة والمدبَّر والمكاتب المشروط وغير المؤدّي كالعبد في الضمان. والمنافع المباحة مضمونةٌ بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

أنّه قطع به الأصحاب وقد عرفت الحال فيه.

قوله: ﴿والمستولدة والمدبّر والمكاتب المشروط وغير المؤدّي كالعبد في الضمان﴾ أي فلو غصب أحد هؤلاء ضمنه كما يضمن القنّ. وبه صرّح في «الخلاف[1] والتذكرة[2] والشرائع[3]» وغيرها[4]، غير أنّه لم يذكر المطلق الغير المؤدّي في الخلاف والشرائع والتذكرة، ولعلّه لظهور الحال فيه. وظاهر «الخلاف والتذكرة» الإجماع حيث قصر الخلاف على أبي حنيفة فقال: أُمّ الولد لا تضمن لأنّها لا تجري مجرى الأموال، لأنّها لا يتعلّق بها حقّ الغرماء فأشبهت الحرّة. وردّوه بأنّها مملوكة وتضمن بالقيمة وكلّ ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقنّ ويملك تزويجها وإجارتها فأشبهت المدبّرة، فالقياس عليها أولى من القياس على الحرّة.

[في ضمان المنافع المباحة بالفوات والتفويت]

قوله: ﴿والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت﴾ المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء وبالتفويت استيفاؤها. واحترز بالمباحة عن المحرّمة كالغناء واللعب بآلات اللهو. وإطلاق الأصحاب منزّل على المباحة. ولعلّ ما حرم بالعارض كما إذا نذر المالك أن لا يستعمله في حياكة مثلاً أو شرط عليه

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٢١ مسألة ٣٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٠ س ٢٩.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.

(٤) كما في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٠.

ذلك كذلك. وبالحكمين المذكورين طفحت عباراتهم بعضها كالكتاب وبعض في مطاوي كلماتهم في ضمن مسائل أُخر من دون خلاف أصلاً.

قال في «التذكرة[١]»: منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدّة ولا يستعملها عند علمائنا أجمع، ثمّ إنّه نسب الخلاف إلى أبي حنيفة خاصّة. وفي «الخلاف[٢]» وظاهر «السرائر[٣]» الإجماع على أنّ المنافع تضمن بالغصب مثل منافع الدار والدابّة والثياب، وهما بإطلاقهما يتناولان الحكمين المذكورين. وقد قصر الخلاف في الأوّل أيضاً على أبي حنيفة، وزاد فيه أنّ الأخبار تدلّ على ذلك.

وقال في «التذكرة[٤]»: أيضاً كلّ عين لها منفعة تستأجر تلك المنفعة فإنّ منفعتها تضمن عندنا بالإتلاف والتلف تحت اليد العادية إذا بقيت في يده مدّة لمثلها أُجرة بكونها ممّا تستأجر حتّى لو غصب كتاباً وأمسكه مدّة يطالعه أو لم يطالعه يلزمه أُجرته. وظاهره الإجماع أيضاً. وقيّد المنفعة بكونها ممّا تستأجر ليخرج غصب الغنم والمعز والشجر حيث لامنفعة لها تستأجر كما نصّ عليه في «المبسوط[٥]» لكن كلام «السرائر[٦] والتذكرة[٧] والكتاب[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠]» في باب الإجارة

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨١ س ٣٤ ـ ٣٥ و٤١.

(٢) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٢ مسألة ١١.

(٣) السرائر: في بيان أحكام الغصب ج ٢ ص ٤٧٩.

(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٥.

(٦) السرائر: في حكم إجارة الدراهم والدنانير ج ٢ ص ٤٧٥ و٤٧٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: كتاب الإجارة في شرائط المنفعة ج ٢ ص ٢٩٤ س ٣٩ و٤١.

(٨) قواعد الأحكام: الإجارة في المنفعة ج ٢ ص ٢٨٧.

(٩) جامع المقاصد: في الإجارة ج ٧ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

(١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الإجارة ج ٥ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.

ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخيّاط الحائك لزمه أُجرة أعلاها أُجرة،

قد يخالف ذلك. فليلحظ كلامهم فيما إذا استأجر تفّاحة للشمّ أو الدراهم والدنانير.

والوجه فيما عليه الأصحاب أنّها أموال تدخل تحت اليد، لأنّ منافع المملوك مملوكة.

قوله: ﴿ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخيّاط الحائك لزمه أُجرة أعلاها أُجرة﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» لأنّها من جملة ما فات تحت اليد فتجب أُجرتها. وإطلاقها يقضي بعدم الفرق بين أن يكون قد استعمله في الأعلى أو الدنيا أو الوسطى أو لم يستعمله أصلاً، بل إطلاق «التذكرة» يتناول ما إذا أمكن فعلها جملةً أو لا، لأنّه لم يمثل بالحائك والخيّاط. وقال في «المسالك[3]»: إن استعمله في الأعلى ضمنها، وإن استعمله في الوسطى أو الدنيا ففي ضمان الأعلى وجهان. وتبعه صاحب «المفاتيح[4]» وقال في «الروضة[5]»: إن أمكن فعلها جملةً أو فعل أكثر من واحدة وجب أُجرة ما أمكن، وإلّا فأعلاها أُجرة، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة من منافع متعدّدة يمكن جمعها ضمن الأعلى. قلت: هذا هو الأشبه، وهو ظاهر «جامع المقاصد» كما ستسمع[6] تعليله.

وينبغي التنبيه على الفرق بين المنافع والعمل فإنّه يضمن في المنافع أعلاها وفي العمل أُجرة أوسطه، لأنّه لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها، فإنّه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨١ س ٤٢ ـ ٤٣.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٨.

(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٧.

(٤) مفاتيح الشرائع: فيما يتحقّق به الغصب والضمان ج ٣ ص ١٧١.

(٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤٦.

(٦) سيأتي التعليل المشار إليه في ص ١٥٩ و ١٦٣.

ولا تجب أُجرة الكلّ.

ومنفعة البضع لا تُضمن بالفوات، وتُضمن بالتفويت،

ممكّن من كلٍّ منها على حدٍّ سواء، بخلاف العمل فإنّ مراتبه متفاوتة، فإنّ آداب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر، كما أنّ الرضا بالمتراخي نادر أيضاً، فكان المدار على الأوسط، فيصير الحاصل أنّه يضمن أعلى منافع العبد بأوسطها أُجرةً.

قوله: ﴿ولا تجب أُجرة الكلّ﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» وصاحب «الروضة[3]» يقيّده بما إذا لم يمكن فعلها جملةً، ويؤذن بذلك توجيهه في «جامع المقاصد» بعدم إمكان استيفاء الكلّ دفعةً واحدة.

[فيما تضمن به منفعة البضع]

قوله: ﴿ومنفعة البضع لا تُضمن بالفوات، وتُضمن بالتفويت﴾ أمّا ضمانها بالتفويت فممّا لا كلام فيه فيما أجد في الأمة مطلقاً إلّا إذا كانت عالمة، وفي الحرّة حيث يكون للبضع أُجرة كما إذا وطئ بعقد أو شبهة لا فيما إذا زنى بها.

وأمّا عدم الضمان بالفوات فقد صرّح به هنا كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» بل ظاهر «التذكرة» أن لا مخالف فيه حتّى من العامّة. وهو خيرة شهادات «الخلاف[6]» قال: إذا شهدا بطلاق ثمّ رجعا وكان بعد الدخول فلا غرم، لأنّ البضع لا يضمن بالتفويت. واختاره المحقّق في «الشرائع[7]» والمصنّف في «الكتاب[8]

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨١ و٣٨٢ س ٤٣ و١.

(٢ و ٥) جامع المقاصد: في الغصب ج٦ ص٢٤٨. (٣) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ص٤٦.

(٦) الخلاف: الشهادات في رجوع الشهود ج ٦ ص ٣٢٢.

(٧) شرائع الإسلام: الشهادات في الطوارئ ج ٤ ص ١٤٤.

(٨) قواعد الأحكام: في الرجوع عن الشهادة ج ٣ ص ٥١١.

والإرشاد[١]» وغيرهما[٢]. وفي «المسالك[٣] وكشف اللثام[٤]» أنّه المشهور، ذكروا ذلك في باب الشهادات. واختاره المصنّف[٥] أيضاً فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة، ذكره في باب الشهادات. وتردّد فيه المحقّق في رضاع «الشرائع[٦]» والمصنّف في أوائل الفصل الثالث كما يأتي[٧]. والتردّد ظاهر الشهيد في شهادات «اللمعة[٨]». والمصنّف في رضاع «الكتاب[٩]» حكم بالضمان وفاقاً للمبسوط وجماعة كما في «المسالك[١٠]» لأنّ البضع مضمون كالأموال، لأنّه يقابل بالمال في النكاح والخلع. ولا يحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون، وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل ويضمن للمسلمة المهاجرة مع كفر زوجها.

واحتجّ في «الخلاف[١١]» على عدم الضمان بأنّه لو كان يضمن لحجر على المريض بالطلاق إلّا أن يخرج البضع من ثلثه، وبأنّه لا يضمن له لو قتلها قاتل أو قتلت نفسها. وقد يدفع الأخير بأنّ المنفعة لا تضمن إلّا إذا فوّتت وحدها، أمّا مع تفويت العين فتدخل فيها المنافع. الأولى أن يحتجّ له بأنّ منفعة البضع تستحقّ استحقاق إرفاق للحاجة والضرورة، ولا كذلك سائر المنافع فإنّ استحقاقها

---

(١) إرشاد الأذهان: القضاء في البضع ج ٢ ص ١٦٦.
(٢) كتحرير الأحكام: الشهادة في الرجوع ج ٥ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.
(٣) مسالك الأفهام: في الشهادات ج ١٤ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥.
(٤) كشف اللثام: الشهادات في البضع ج ١٠ ص ٣٨٢.
(٥) القواعد: في الرضاع ج ٣ ص ٢٥، وذكره في باب الشهادات أيضاً ص ٥١١.
(٦) شرائع الإسلام: النكاح في الرضاع ج ٢ ص ٢٨٥.
(٧) يأتي في ص ٣٣٣ ـ ٣٣٦.
(٨) اللمعة الدمشقية: الشهادات في الفصل الرابع ص ١٠٣.
(٩) قواعد الأحكام: النكاح في الرضاع ج ٣ ص ٢٧ ـ ٢٨.
(١٠) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٩.
(١١) الخلاف: الشهادات في رجوع الشهود ج ٦ ص ٣٢٣.

فلو وطئ وجب مهر المثل.

استحقاق ملك تامّ، ألا ترى أنّ مَن ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجره وبغير العوض بأن يعيره، والزوج المستحقّ لمنفعة البضع لايملك نقلها لا بعوض ولا بغيره، وأنّ السيّد يصحّ أن يزوّج الأمة المغصوبة ولايصحّ أن يؤجرها ولا أن يبيعها، لأنّ يد الغاصب حائلة بين المستأجر والمشتري. ولو تداعى اثنان نكاح امرأة فإنّهما يدّعيان عليها ولا يدّعي أحدهما على الآخر وإن كانت عنده. ولو أقرّت لأحدهما حكم بأنّها منكوحة، وذلك يدلّ على أنّ اليد لها وأنّه لو وطئ مع اتّحاد الشبهة وطئات متعدّدة لا يجب عليه إلّا مهر واحد كما هو الشأن في النكاح الفاسد. وهذا أيضاً ممّا خالفت فيه منفعة البضع غيرها من المنافع، وأنّه يجوز تفويض البضع ولا يلزمه شيء على تقدير عدم الطلاق، والمال ليس كذلك، وإلحاقه به في بعض المواضع لا يوجب إلحاقه به مطلقاً. ولعلّه لذلك قال في «الدروس[١]»: منفعة البضع سواء كان لحرّة أو لأمة لاتضمن بغير التفويت إلّا في مثل الرضاع والشهادة بالطلاق على وجه، انتهى.

والتفويت في كلام «الخلاف» وغيره يراد به معنى الفوات ولا يراد به الاستيفاء.

هذا كلام الأصحاب، وهو في الحرّة غير محرّر، لأنّه قد تقدّم أنّ منافع الحرّ غير مضمونة، وما أدري ماذا دعاهم إلى القول بضمان منفعة البضع أو التردّد في ذلك؟ واحتمال أنّهم ظفروا بدليلٍ آخر، يدفعه أنّك عرفت ما استدلّوا به.

قوله: ﴿فلو وطئ وجب مهر المثل﴾ سيأتي الكلام[٢] فيه إن شاء الله تعالى عند تعرّض المصنّف له بسط الكلام فيه، وهو من متفرّدات الكتاب. وقيل[٣]

---

(١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) سيأتي في ص ٣٠٠ ـ ٣٠٨.

(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب.

بوجوب العشر إن كانت بكراً، ونصفه إن كانت ثيّباً، للرواية[١]، وهو المشهور، وردّه ابن إدريس[٢] بأنّها في وطء المشتري الجاهل بكونها حاملاً لا الغاصب فلا يلحق به. ويأتي[٣] تمام الكلام إن شاء الله تعالى.

والظاهر أنّ المهر للسيّد وإن كانت مزوّجة، لأنّه مملوك للسيّد دون الزوج.

[في ضمان منفعة كلب الصيد]

قوله: ﴿وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب﴾ أمّا أنّ منفعة كلب الصيد مضمونة فلأنّه حيوان مملوك يجوز اقتناؤه، وله منفعة تستأجر، وله قيمة في نظر الشارع، فيدخل تحت إجماع «الخلاف والسرائر» وإجماعي «التذكرة» كما تقدّم[٤]، وكذا غيره من الكلاب الّتي يجوز اقتناؤها والفهد والبازي وباقي جوارح الصيد.

وأمّا أنّ ما صاده للغاصب فهو خيرة «التذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦]» لأنّ الغاصب هو الصائد والكلب آلة في الصيد كالسهم والقوس والشبكة إذا غصب شيئاً منها واصطاد به، فأشبه ما لو ذبح بسكّين غيره. وهو أظهر قولي الشافعية[٧]، والقول الآخر أنّه للمالك كصيد العبد واكتسابه، لأنّه مَن كسب ماله فأشبه صيد العبد وكسبه. والحكم جارٍ في باقي جوارح الصيد.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ في أبواب أحكام العيوب ح ٧ ـ ٩ ج ١٢ ص ٤١٧.
(٢) السرائر: فيما لو غصب جارية فوطأها ج ٢ ص ٤٨٩.
(٣) سيأتي في ص ٣٠٠ ـ ٣٠٨. (٤) تقدّم في ص ١٥٦ ـ ١٥٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ١٩ ـ ٢٠.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب وتوابعه ج ٦ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.
(٧) المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك. وفي دخول الأُجرة تحته نظر، أقربه العدم.

[فيما يتحصّل العبد المغصوب]

قوله: ﴿ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك﴾ لأنّه صالح للاكتساب برأيه وعقله وليس آلة صرفه كالكلب، ولمّا كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى، وكأنّه ممّا لا خلاف فيه لأحد.

قوله: ﴿وفي دخول الأُجرة تحته نظر، أقربه العدم﴾ وهو الأقوى كما في «الإيضاح[1]» والأصحّ كما في «جامع المقاصد[2]» لأنّه استولى على منافعه، وقد فاتت بغير رضا المالك فأشبه ما إذا لم يصد شيئاً، ولعلّ المالك كان يستعمله فيما هو أهمّ عنده وأنفع له، فالمنفعة ملك برأسه، والحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب والحيازة، وأحدهما غير الآخر، وكون الاصطياد سببه لا يقتضي كونه إيّاه، وفرق واضح بينه وبين ما إذا اصطاد بأمر المالك. ووجه الوجه الآخر أنّه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة إليه، فلم يتحقّق تفويت الغاصب لها على مالكها، والأجر إنّما هو في مقابلة المنافع، والمنافع في هذه المدّة عائدة إلى مالكها فلم يستحقّ عوضاً على غيره. فكان كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بمنفعته، فيصير الحاصل أنّ ما اصطاده يقابل الأُجرة، فإن لم تزد لم يجب غيره، وإن زادت وجب الزائد. وقد وجّه بنحو ذلك في «جامع المقاصد[3]» وقال: لا ريب في ضعفه. ولعلّه بهذا التوجيه لا يكون بتلك المكانة من الضعف بحيث ينفى عنه الريب، ولعلّه لذلك لم يرجّح في «التذكرة[4]» ولعلّ التحقيق أن يقال: إن كانت

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٤.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في الغصب وتوابعه ج ٦ ص ٢٤٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ١٨ ـ ٣١.

ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفةٍ سماوية ضمن الأرش والأُجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً،

منفعته منحصرة في الاصطياد أو هي أعلاها فالأولى التداخل وإلّا فلا.

وليعلم أنّ كلامهم هنا يقضي بالفرق بين ما إذا كان الحاصل من المنفعة وجود عين كالغزال مثلاً وبين ما إذا كان منفعة كحياكة الثوب ونحوها، ولذلك قالوا[1] هناك: إنّه لو استعمله في الأدنى لزمته اُجرة الأعلى ولم يلتفتوا إلى قيمة الهيئة واحتمال التداخل كما لحظوا ذلك هناك، فليتأمّل فإنّه دقيق.

ومرجع الضمير المضاف إليه في قوله «تحته» راجع إلى ما حصل بصيده فكأنّه قال: تحت ما حصل بصيده.

[فيما لو انتقص العبد بآفة]

قوله: ﴿**ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفةٍ سماوية ضمن الأرش والأُجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً**﴾ كما في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]» وهو قضية كلام «الإيضاح[4]» بل المتعرّضون له من العامّة[5] موافقون على ذلك، لأنّ الزمن الّذي قبل النقص كانت منفعته فيه تامّة لسلامته، بخلاف ما بعده فإنّ المنفعة فيه ناقصة لنقص العين، وقد وجب أرش الفائت من حين فواته فلا يجب شيء آخر، لأنّ وجوب اُجرة شيء معدوم بعد عدمه لا يعقل.

وفي «جامع المقاصد[6]» أنّ قوله «بآفة سماوية» لا يخلو من مناقشة، لأنّ

---

(١) لم نعثر على القائلين بذلك. (٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٣١.

(٣ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٧٤.

(٥) فتح العزيز (المجموع): في الغصب ج ١١ ص ٢٦٤، وانظر المجموع: في الغصب ج ١٢ ص ٢٨٢، ومغني المحتاج: في الغصب ج ٢ ص ٢٨٦.

وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأوّل، فتثبت الأُجرة والأرش،

فواته بفعل الغاصب أو أجنبيّ كذلك. قلت: هو كذلك، ولكن لعلّ غرضه التنبيه بهذا وما بعده على أنّ تفصيل الشافعية [1] غير وجيه، لأنّهم قالوا: إن كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو سقطت يد العبد بآفة سماوية أو نقص الثوب بنشره وجب له الأرش مع الأُجرة، وهي أُجرة مثله سليماً لما قبل النقص ومعيباً لما بعده، وإن كان النقص بسبب الاستعمال فوجهان: أحدهما أنّهما يجبان معاً، والثاني أنّه لا يجب إلّا أكثر الأمرين كما سيأتي، فعنون المصنّف المسألتين على نحو ما ذكروه وقال: إنّ الأقرب عدم الفرق بينهما لا كما قالوه، وإذا لم يفرّق بينهما كان ممّن لا يفرّق بين الفوات بفعل الغاصب والفوات بفعل غيره قطعاً كما هو واضح. ولمّا لم يتصوّر نقص عضو من العبد باستعمال الغاصب لم يمثّل به ومثّل بالثوب، فتأمّل.

قوله: ﴿وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأوّل، فتثبت الأُجرة والأرش﴾ كما في «المبسوط [2] والشرائع [3] والتحرير [4] والإرشاد [5] والتذكرة [6] والإيضاح [7] والدروس [8] وجامع المقاصد [9]

---

(١) المجموع: في الغصب ج ١١ ص ٢٦٤، ومغني المحتاج: في الغصب ج ٢ ص ٢٨٦.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٠.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٣.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٢٨.

(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٧٤.

(٨) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.

(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٠.

ويحتمل وجوب الأكثر من الأرش والأُجرة.

والمسالك[١] ومجمع البرهان[٢]» لمكان تعدّد السبب، فإنّ الأجزاء الناقصة بدلها الأرش والمنفعة وهي اللبس غيرها فيجب عوضها وهو اُجرة المثل لأنّ الأصل في الأسباب إذا اجتمعت عدم التداخل، فإذا ثبتامعاً فالحال في الأُجرة على حدّ ما سبق من أنّه قبل النقص تجب أُجرته سليماً وبعده تجب أُجرته ناقصاً فيساوي الأوّل، أعني ما إذا انتقص بسقوط العضو. ويبقى الكلام في تصوير ذلك وتحقيقه، إذ الثوب في كلّ يوم يوم يبلى منه جزء بالاستعمال فينبغي أن يكون لكلّ يوم أرش ولكلّ يوم أُجرة، فتأمّل. وكلام «جامع المقاصد» في المسألة صريح في أنّ الثوب مثلي.

قوله: ﴿ويحتمل وجوب الأكثر من الأرش والأُجرة﴾ هذا هو الوجه الثاني من وجهي الشافعية[٣]، وهو غير الأصحّ عندهم، وقد احتمله في «الدروس[٤]» أيضاً استناداً إلى أنّ النقصان نشأ من الاستعمال، وقد قوبل الاستعمال بالأُجرة فلا يجب له ضمان آخر، وإلّا لوجب ضمانان لشيءٍ واحد. وردّه في «التذكرة[٥]» بأنّ الأُجرة لم تجب للاستعمال وإنّما تجب لفوات المنفعة على المالك فتجب وإن لم يستعمل كما أنّها تجب وإن لم يفت شيء من الأجزاء، فلم يجب ضمانان لشيء واحد. وقد يقال[٦]: إنّهم لا ينكرون وجوب الأُجرة مطلقاً وإنّما يقولون حصلت المقابلة فلم يفت على المالك شيء.

واحتجّ لهم في «جامع المقاصد[٧]» بأنّ نقص الأجزاء ملحوظ في الأُجرة،

(١ و٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٧.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤١.
(٣) مغني المحتاج: في الغصب ج ٢ ص ٢٨٦.
(٤) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٢ س ٢٤.
(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأُجرة للمدّة السابقة على الغرم، وفي اللاحقة إشكال.

لأنّ المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصة قطعاً، فلولا أنّها ملحوظة لوجب ضمانها، ولأنّ ما ينقص بالاستعمال تعتبر أُجرته زائدة على ما لا ينقص به، فلولا كونها ملحوظة لم تتحقّق الزيادة. وضعّفهما، فالأوّل بمنع كون الأجزاء الناقصة ملحوظة ولم لايكون سقوط الضمان للإذن في الاستعمال الشامل لإتلافها، والثاني بأنّ ثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم، انتهى. وفي الثاني نظر ظاهر، وقد سمعت ما احتجّوا به، إذ مفاده يرجع إلى الثاني.

هذا، وقد يقال[1]: إذا كان الأرش أكثر كيف يتصوّر إجزاؤه عن الأُجرة. قلنا: إنّ الأرش أرش أجزاء تلفت بالاستعمال في المنفعة، فلو أخذ أجرها يكون أخذ أُجرة شيء معدوم بعد عدمه، فإن كان الأرش أكثر أغنى عن الأُجرة، والفرق بين هذه وما قبلها ما أشرنا إليه آنفاً من أنّ نقص عضو من العبد لا يتصوّر تبعيّته للمنفعة بخلاف الثوب.

هذا، وإن لم يكن للمغصوب أُجرة كثوب غير مخيط فلا أُجرة له على الغاصب، وعليه ضمان نقصه لا غير نصّ عليه في «التذكرة[2]».

هذا وإن لم يكن النقص بالاستعمال لم يتداخل وجهاً واحداً كما في «جامع المقاصد[3]» كما يأتي[4].

قوله: ﴿ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأُجرة للمدّة السابقة

---

(١) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٣٥ ـ ٣٦.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٣.

(٤) سيأتي في ص ٣٥٤.

على الغرم، وفي اللاحقة إشكال﴾ سيأتي[١] إن شاء الله تعالى أنّه إذا غصب عيناً فتعذّر ردّها كعبدٍ أبق أو دابّةٍ شردت أو غصبت منه ولم يتمكّن من استخلاصها وجب عليه دفع القيمة إلى المالك لمكان الحيلولة، ويلزمه أُجرة المثل للمدّة الّتي مضت قبل بذل القيمة من دون إشكال، وإنّما الإشكال في الأُجرة للمدّة الّتي بعد بذل القيمة فهل تلزمه الأُجرة لها أم لا؟ وقد قرّب في «التذكرة[٢]» اللزوم والوجوب وقال: إنّه أصحّ وجهي الشافعية، لأنّ حكم الغصب باقٍ وإنّما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأُجرة لفوات المنفعة، ولأنّ العين باقية على ملكه والمنفعة له. وهو قضية كلام «المبسوط[٣]» ومال إليه في «المسالك[٤]» وكأنّه قال به في«مجمع البرهان[٥]» وهو الأصحّ. وقرّب في «التحرير[٦] والإرشاد[٧] والإيضاح[٨]» العدم. وفي «الشرائع[٩]» أنّه أشبه، لأنّ القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأنّ المغصوب عاد إليه، وهي الواجبة عليه، فإذا دفعها برئ، ولأنّه استحقّ الانتفاع ببدله وعوضه الّذي يقوم مقامه، فإذا قبضه المالك لم يستحقّ الانتفاع به، إذا لم يبق له من ذلك المال على الغاصب حقّ، وإلّا لم يكن عوضاً، لكنّ هذا لا يتمّ مع الحكم ببقائها على ملك المالك وإنّما (وأنّ ـ خ ل) نماءها له وعدم وجود مسقط للضمان

(١) سيأتي في ص ١٨٣ ـ ١٨٧.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ٣٨.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠١.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤١.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦ وليس فيه «الأقرب» وإنّما العدم يستفاد من ظاهره.
(٨) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٧٤.
(٩) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢.

عن الغاصب لها، فإنّه لا يكون إلّا بردّها أو بالمعاوضة عليها على وجه تنتقل به عن ملك مالكها ولم يحصل. وفي «جامع المقاصد» المسألة محلّ توقّف[١]. ونحوه ما في «الدروس[٢] والكفاية[٣]» ويأتي لصاحب «جامع المقاصد[٤]» أنّ الّذي يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان، قال: نعم على القول بأنّ للغاصب حبس المغصوب إلى أن يقبض البدل يتأتّى عدم وجوب الأُجرة بعد دفعه انتهى. فتأمّل.

والوجهان جاريان في الزوائد الحاصلة بعد بذل القيمة هل هي مضمونة على الغاصب أم لا؟ ويأتي[٥] الكلام فيها عند تعرّض المصنّف لها.

وليعلم أنّه حيث تجب الأُجرة تجب أُجرة العمل الأوسط كما تقدّم[٦] بيانه.

هذا ولو كان تعذّر الردّ ناشئاً عن اختيار الغاصب كأن غيّب العبد إلى مكان بعيد وتعذّر ردّه وغرم القيمة فهل يجري الوجهان في المدّة اللاحقة أو تجب عليه الأُجرة لها من دون إشكال لأنّه غيّبه باختياره فهو باقٍ في يده وتصرّفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق والشارد؟ فليتأمّل.

وليعلم أنّ محلّ النزاع في اللاحقة ما إذا ردّ العبد، أمّا لو استمرّ الإباق أو لم يعرف خبره فلا أُجرة للّاحقة. نعم لو عرف بالبيّنة أنّه مات بعد أخذ القيمة للحيلولة بشهر أو سنة أو نحو ذلك أخذ أُجرة ذلك. ولو استمرّ الاشتباه لم يأخذ شيئاً، لأنّ الشارع جعله حين أخذ القيمة في حكم المعدوم فيستصحب.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥١.
(٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.
(٣) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٨.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٣.
(٥) سيأتي في ص ٢١٥ ـ ٢١٧.
(٦) تقدّم في ص ١٥٨ ـ ١٥٩.

الركن الثالث: الواجب

وهو المثل في المثلي، والقيمة العليا في غيره على رأي.

ولو تلف المثلي في يد الغاصب ـ والمثل موجود فلم يغرمه حتّى فقد ـ ففي القيمة المعتبرة احتمالات:

[فيما يجب على الغاصب من المثل أو القيمة]

قوله: ﴿الركن الثالث: الواجب، وهو المثل في المثلي، والقيمة العليا في غيره على رأي﴾ جعل أركان الضمان ثلاثة موجبه ومحلّه وواجبه بمعنى ما الّذي يضمنه أهو المثل أو القيمة. وهذا يقضي مع التبادر ووصف القيمة بالعليا واضمحلال خلاف أبي عليّ[1] بأن يكون قوله على رأي، إشارة إلى الخلاف في أنّ الواجب القيمة العليا أم غيرها كما فهم ذلك من العبارة في «كنز الفوائد[2] وجامع المقاصد[3]» لأن كان أعظم الأركان الضمان. وأمّا تقديم ذكره فإنّما كان بالتبع، لأنّه لمّا قسّم المحلّ إلى حيوان وغيره وقال: إنّ الحيوان يضمن بالقيمة وجب أن يذكر غيره فذكر الخلاف هناك واكتفى بالإشارة إليه هنا. وجعل في «الإيضاح[4]» قوله: على رأي، إشارة إلى قول أبي عليّ من أنّ المثلي يتخيّر فيه المغصوب منه بين القيمة والمثل كما تقدّم بيانه[5]. ولو كان كذلك لقال: وهو المثل في المثلي على رأي والقيمة العليا في غيره.

[فيما لو تلف المثليّ في يد الغاصب]

قوله: ﴿ولو تلف المثلي في يد الغاصب ـ والمثل موجود فلم

---

(١) نقله عنه في الإيضاح: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) كنز الفوائد: في الغصب ج ١ ص ٦٥٨.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

(٥) تقدّم في ص ١٣٧ ـ ١٤٧.

يغرمه حتّى فقد ـ ففي القيمة المعتبرة احتمالات﴾ قد عرفت[١] أنّها للشافعية وأنّها عشرة وأنّه ذكرها في «التذكرة[٢]» وقد يقال[٣]: قد تقدّم[٤] من المصنّف أنّ الواجب قيمة المثل يوم الإقباض فما وجه هذه الاحتمالات؟ قلنا: ذكر الاحتمالات لاينافي اختياره وإن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أقرب إلى الفهم وأبعد عن الوهم.

والتقييد بوجود المثل عند التلف وعدم التسليم له إلى أن فقد قد وقع في «التذكرة[٥] والمسالك[٦] والكفاية[٧]» ووجهه أنّه حينئذٍ يكون قد استقرّ في ذمّته فيرجع إلى قيمته وفي تعيينها الاحتمالات. وقضية ذلك أنّه لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف فالواجب قيمة التالف، وهو الّذي استظهره في «جامع المقاصد[٨]» وقد ترك التقييد بذلك في «المبسوط[٩] والشرائع[١٠] والتحرير[١١] والإرشاد[١٢] والدروس» بل قال في الأخير: فإن تلفت فعليه ضمان المثل، فإن تعذّر فقيمته يوم الإقباض سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين أم لا، انتهى[١٣] فتأمّل فيه. ولعلّه أراد بالتسليم الفقد. ويجري ذلك فيما إذا أتلف المثلي على غيره من دون غصب ولا إثبات يد.

(١ و ٤) تقدّم في ص ١٤٤.
(٢ و ٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٨ و ١٥.
(٣ و ٨) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٥ و ٢٥٢.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٣.
(٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.
(٩) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٥.
(١٠) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.
(١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.
(١٢) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(١٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

الأوّل: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال.

قوله: ﴿الأوّل: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال﴾ قال في «الإيضاح[1]»: مأخذ الأوّل والثاني أنّ عند إعواز المثل هل الواجب قيمة المغصوب لأنّه الّذي تلف على المالك أو قيمة المثل لأنّه الواجب عند التلف وإنّما رجعنا إلى القيمة لتعذّره؟ قال المصنّف: كلّ منهما محتمل، فإن قلنا بالأوّل اعتبرنا الأقصى من وقت الغصب إلى وقت تلف المغصوب، وإن قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب، لأنّ المثل حينئذٍ يجب إلى وقت الانقطاع، انتهى. وما حكاه عن المصنّف يحتمل أنّه أراد أنّه سمعه منه، أو أراد ما ذكره في «التذكرة[2]» فإنّ ذلك عين عبارتها، لأنّه في آخر كلامه حكى بناء الوجهين على ذلك، فعلى هذا يكون الضمير في «قيمته» راجعاً إلى المغصوب. وهو الّذي فهمه في «كنز الفوائد[3]» ويرشد إلى ذلك قوله في «الكتاب والتذكرة»: ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال، وقوله: من يوم الغصب إلى يوم التلف، لأنّه المفهوم من يوم غصبه إلى يوم تلفه، بل لا يكاد يتمّ في الأمثال. وعندي أنّ عبارة «التذكرة» قابلة لأن يراد منها ذلك أو ظاهرة فيه، ولا سيّما إذا اعتضدت بما سمعته ممّا ذكره في «الإيضاح» أخيراً، وإن فهم منها في «جامع المقاصد» خلاف ذلك. قال في «التذكرة» في الاحتمال الأوّل: إنّ الواجب أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله يوم تلفه كما في المتقوّمات، ولأنّ المثل

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٨ ـ ٢١.

(٣) كنزالفوائد: في الغصب ج ١ ص ٦٥٩.

جارٍ في الوجوب مجرى المغصوب، فإذا تعذّر صار بمنزلة تلف المغصوب، والمغصوب إذا وجبت قيمته وجب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف[١].

قال في «جامع المقاصد»: إنّ التعليل الثاني كالصريح في أنّ المراد قيمة المثل[٢]. قلت: إن كان هذا كالصريح فقوله «ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله» لا يكاد يصحّ إلّا أن يكون المراد قيمة المغصوب، فتأمّل. ثمّ إنّه استنهض على إرادة ذلك من عبارة الكتاب وأنّ الضمير عائد إليه لا إلى المغصوب أنّه ـ أي المثل ـ هو المحدث عنه والمطلوب معرفة قيمته، وأنّ الظاهر أنّ مرجع الضمير في الكلّ واحد، وإلّا للزم الاختلاف بغير مائز. قال: ولا ريب أنّ الضمير في «قيمته» في الاحتمال الثاني إنّما يعود إلى المثل وأنّ القيمة المذكورة في باقي الاحتمالات هي قيمة المثل، فالظاهر أنّ هذا الاحتمال أيضاً كذلك[٣].

قلت: هو جيّد جدّاً، لكنّ ولده وابن اُخته أدرى بمراده وهما أصحاب بيت. ووجه ما قالاه هو ما اُشير إليه في بناء الوجهين من أنّ الواجب المثل مع وجوده، فمع فقده جرى مجرى ما لا مثل له فوجبت القيمة، ولأنّ التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فوجبت قيمته.

ووجه ما في «جامع المقاصد[٤]» أنّه لمّا كان تلف المثلي والمثل موجود وجب المثل وانحصر الوجوب فيه وصار الأصل متروكاً ـ أعني كون التالف على المالك هو المغصوب لا مثله ـ فتجب قيمته، لأنّ المغصوب سقط وجوبه من الذمّة وانتقل الحكم إلى المثل، فإذا تعذّر وجبت القيمة نظراً إلى جميع أوقات الضمان، وهو من حين الغصب إلى حين التلف، فاعتبر أعلاها قيمة بناءً على وجوب القيمة العليا في القيمي، ولا ينظر إلى قيمة الأمثال بعد تلف المغصوب، بل من حين الغصب إلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١٨.

(٢ ـ ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

الثاني: أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز.
الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز

حين التلف خاصّة كما في المتقوّمات، فإنّا إنّما نعتبر القيمة فيها من الغصب إلى التلف على ذلك التقدير، انتهى.

وأنت خبير بأنّ نزاعه مع الشارح حينئذٍ يعود لفظيّاً، لأنّ قيمة المثل من يوم غصب المغصوب إلى يوم تلفه هي قيمة المغصوب من يوم غصبه إلى يوم تلفه، على أنّ الوجهين لو تمّا قضيا باعتبار قيمة المغصوب في الأوّل والأمثال في الثاني إلى حين التسليم فلم يفضيا إلى المطلوب كما سيظهر لك ذلك ممّا يأتي. ولم يذكر هذا الاحتمال في «المسالك[1] والكفاية[2]» مع أنّهما قد ذكر فيهما خمس احتمالات أيضاً.

قوله: ﴿الثاني: أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز﴾ قد سمعت[3] ما وجّهه به في «الإيضاح» والضمير هنا راجع إلى المثل قطعاً. وفي «جامع المقاصد» أنّ وجهه أنّ انتقال الحكم إلى المثل إنّما هو عند تلف المغصوب، وبعد تعذّره انتقل الفرض إلى القيمة. وضعّفه بما تقدّم فيما سلف من أنّ المثل لا يسقط من الذمّة بتعذّره، إذ الدين لا يسقط بتعذّر أدائه، ولهذا لو تمكّن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة، فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل ثابت في الذمّة بحاله[4].

قوله: ﴿الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز﴾ وجّهه في «التذكرة[5] والإيضاح[6]» بأنّ وجود المثل كبقاء عين المغصوب من أنّه كان

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٤.
(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٠.
(٣) تقدّم في ص ١٧٢.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ٢٣.
(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥.

الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة.

الخامس: القيمة يوم الإقباض، ولو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا تردّ القيمة بخلاف القدرة على العين.

مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً بردّ العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمه في المدّتين، كما أنّ المتقوّمات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوّم، انتهى. وحاصله: أنّ المثل لمّا جرى مجرى المغصوب كانت قيمته في جميع زمان ضمان المغصوب مضمونة إلى زمن تعذّره كما عرف ذلك من الوجهين في الاحتمالين الأوّلين، وهو أصحّ الاحتمالات عند الشافعية.

قوله: ﴿الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة﴾ وجّهه في «التذكرة[1] والإيضاح[2]» بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها، والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. وحاصله: أنّ قيمة المثل معتبرة من زمن وجوبه أو وجوب مبدله فإنّها مضمونة بضمان أصلها، فيجب الأقصى تفريعاً على إيجاب أعلى القيم. وفي «الإيضاح» أنّه الأصحّ[3].

قوله: ﴿الخامس: القيمة يوم الإقباض﴾ هذا هو الأصحّ، وقد تقدّم بيانه[4].

قوله: ﴿ولو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا تردّ القيمة بخلاف القدرة على العين﴾ هذا تقدّم الكلام[5] فيه أيضاً.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ٢٥.

(٢ و٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٥ و١٧٦.

(٤ و٥) تقدّم في ص ١٤٣ ـ ١٤٦.

ولو أتلف مثليّاً وظفر به في غيرالمكان فالوجه إلزامهبالمثل فيه.

قوله: ﴿ولو أتلف مثليّاً وظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه﴾ كما في «السرائر[١] والتذكرة[٢] والمختلف[٣] والإيضاح[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦]» وقال في الأوّل: أنّه الّذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلّة وأُصول المذهب[٧]. ووجهه أنّ وجوب ردّ المظلمة ثابت على الفور فلا يجوز التأخير ولاتراعى مصلحة مَن حقّه أن يؤخذ بأشقّ الأحوال فلا فرق بين كون المثلي في مكان المطالبة أعلى قيمة أو لا، ولا بين كون حمله يحتاج إلى مؤنة أم لا، كما هو قضيةإطلاق بعض[٨] هؤلاءونصّ البعض[٩]الآخرعلى ذلك. وقال في «المبسوط[١٠]» ما حاصله على طوله: إذا اختلفت القيمة فللمالك قيمته في بلد الغصب أو يصبر حتّى يصل إليه ليستوفي ذلك للضرر المنفيّ. وهو المحكي عن القاضي[١١] والشافعي[١٢]. وفيه: مع فورية الحقّ أنّ تأخير الأداء وردّ المظلمة ضرر على المالك، والضرر

---

(١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩١.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ٤٣.

(٣) مختلف الشيعة: في الغصب ج٦ ص١٢٨. (٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص١٧٦.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.

(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٦.

(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٠ ـ ٤٩١.

(٨) هو ابن إدريس في السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩١، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٦.

(٩) هو العلّامة في تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١، والشهيد في الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٦.

(١٠) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٦.

(١١) الحاكي عنه هو العلّامة في المختلف: في الغصب ج ٦ ص ١٢٧.

(١٢) الحاكي عنه هو العلّامة في التذكرة: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١.

ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقوّم بأن أتلف عليه ماءً في مفازةٍ ثمّ اجتمعا على نهر أو أتلف جَمداً في الصيف ثمّ اجتمعا في الشتاء احتمل المثل، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف.

لا يزال بالضرر، وإذا تعارض الضرران في الغصب فالترجيح لنفي ضرر المالك، إذ الضرر المنفيّ إنّما هو من شرع الحكم، والغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافاً إلى أنّه يؤخذ بالأشقّ لا بالرفق.

ولو انعكس الفرض كأن ظفر به في غير محلّ الفرض والإتلاف للمثل وكانت قيمته أقلّ من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل إلى موضع الإتلاف إذا كان حمله يحتاج إلى مؤنة وكان غير بلده؟ احتمالان كما في «جامع المقاصد[1]» من دون ترجيح، ولعلّ الأشبه أنّ له ذلك.

[فيما لو خرج المثل عن التقويم ثمّ عاد]

قوله: ﴿ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقوّم بأن أتلف عليه ماءً في مفازةٍ ثمّ اجتمعا على نهر أو أتلف جمداً في الصيف ثمّ اجتمعا في الشتاء احتمل المثل، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف﴾ الاحتمال الثاني خيرة «التذكرة[2]» وكذا «الإيضاح[3]». وفي «الدروس» أنّه يحتمل ذلك قويّاً[4]. وفي «جامع المقاصد» نسبته إلى الأصحاب

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١١.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٧.

(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

وغيرهم وقال: لا محيد عن مختار الأصحاب وغيرهم[١]. وقد عرفت المتعرّض له من الأصحاب، ثمّ إنّه نسب إلى الدروس الجزم به[٢]، وقد عرفت أنّه إنّما احتمله. والظاهر أنّه أراد بغيرهم الشافعية لأنّه يظهر من «التذكرة[٣]» أنّه مذهبهم.

ووجهه أنّه لا قيمة له أصلاً كما هو المفروض في صريح «جامع المقاصد[٤]» وظاهر الكتب[٥] الباقية أو صريحها حيث يسمّونه بخروجه عن التقويم وكما هو المتبادر من الأمثلة، بل هو الواقع فيها، لأنّ الجمد في الشتاء لا قيمة له، ولمّا خرج عن المالية بالكلّية خرج عن كونه واجباً، فتعيّن الرجوع إلى قيمة المغصوب في مكان الإتلاف أو زمانه، فلو بقي له قيمة وإن قلّت فالمثل بحاله كما هو صريح «جامع المقاصد[٦]» وقضية ما لعلّه يُفهم من كلام «التذكرة[٧]».

وعساك تقول: لو أتلف عليه ماءه في المفازة واجتمعا على شطّ بغداد لم لايكون له قيمة مثله في أقرب البلدان إلى الشطّ المذكور؟ قلنا: لمّا كان مثله الّذي في الشطّ لا قيمة له فالعدول إلى قيمة مثله الآخر غير معقول، فتعيّن الرجوع إلى قيمة عين المغصوب في مكانه أو زمانه، فتأمّل.

ووجه الأوّل: إطلاق الإجماع والفتاوى على وجوب المثل في المثلي من دون تفاوت بالزمان والمكان. وقال في «الإيضاح» وجه الأوّل إطلاق النصّ بوجوب المثل، واختلاف الزمان والمكان اختلاف في اُمور خارجة عن الماهية وصفاتها، ثمّ حقّق أنّ المماثلة هل هي باعتبار اتّحاد الماهية أو مع التساوي في المنافع والقيمة؟ والمتعارف في الأصول الأوّل، وباعتبار المالية الثانية، وهو الأصحّ، لأنّ

(١ و٢ و٤ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٨ و٢٥٧.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١٢ و١٠.

(٥) منها إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٧، والدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣، وتذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١٠.

ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكالٌ، ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها،

الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة، لعدم ملك ما لا قيمة له وعدم ضمانه فلا تصحّ المعاملة عليه، فتكون معتبرة في المماثلة من جهة المالية [1]، انتهى.

قلت: قد عرفت أنّه لا نصّ في الباب، ولعلّه أراد نصّ الكتاب [2] المجيد، وهذا التحقيق لا حاصل له يستند إليه. وفي «التذكرة» أنّهما لو اجتمعا في مثل تلك المفازة أو في الصيف وقد أخذ القيمة هل يثبت التراد؟ الأقوى عندي المنع [3]. واستجوده المحقّق الثاني، لأنّ المثل ليس هو عين المال، وقد انحصر الحقّ فيما أخذه [4].

[حكم ما لو أُتلفت آنية الذهب]

قوله: ﴿ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكالٌ، ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها﴾ عدم ضمان الزائد بالصنعة بناءً على تحريم اتّخاذ الآنية خيرة «المبسوط [5] والسرائر [6] والشرائع [7] والتذكرة [8] والتحرير [9] والإرشاد [10] والدروس [11] ومجمع البرهان [12]». وفي «الإيضاح» أنّه

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٧.
(٢) البقرة: ١٩٤.
(٣ و٨) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١١ و١٧.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٨.
(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦١.
(٦) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٧.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(١١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٩.

فإن أوجبناه ففي التضمين بالمِثل إشكالٌ، ينشأ من تطرّق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع.

أولى[١]. وفي «الكفاية» أنّه قطع به الأصحاب[٢]. قلت: من تعرّض له قطع به إلّا المصنّف حيث استشكل، وولده حيث قال: أولى.

ووجه ما عليه الأكثر[٣] أنّ الغصب لا يصيّر ما لا قيمة له شرعاً ذا قيمة، ولا يجعل ما هو محرّم يجب إتلافه على جميع المكلّفين لأن كان منكراً ولا يشترط فيه نيّة القربة غير محرّم، فكان الغاصب وغيره فيه سواءً. ونظر المصنّف إلى أنّ هذا الاستيلاء مضمون لكونه عادياً وجميع ما ينقص فيه مضمون وللصنعة في حدّ ذاتها قيمة وإن كانت محرّمة في نظر الشارع، وقد عرفت أنّه لا يتصوّر العدوان بإزالة المحرّم ورفع المنكر. وإن قلنا بجواز اتّخاذها كان كما لو أتلف حليّاً فإنّه لا إشكال حينئذٍ في ضمان الزائد بالصنعة فيه.

هذا وربّما قيل[٤] بأنّه يلزم المصنّف مثل ذلك في آلات اللهو. ويمكن الفرق بالتفاوت في التحريم فإنّه هناك أغلظ بخلاف الآنية.

قوله: ﴿فإن أوجبناه ففي التضمين بالمثل إشكالٌ، ينشأ من تطرّق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع﴾ أي إن أوجبنا ضمان الصنعة ففي تضمين الآنية بمثل جوهرها إشكال لوجوب الزيادة في مقابلة الصنعة فيجيء احتمال ثبوت الربا وعدمه نظراً إلى التردّد في عمومه المعاوضات أو اختصاصه بالبيع.

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٥.

(٣) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩، والشهيد الثاني في المسالك: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩١، وفخر المحقّقين في الإيضاح: في الغصب ج ٢ ص ١٧٧.

(٤) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٥٩.

قلت: هذا الإشكال جارٍ في الصنعة المحلّلة إذا زادت بها القيمة كالحليّ، والّذي في «المبسوط[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والتذكرة[٦]» في موضع منها أنّ الأصل ـ أي النقرة ـ تضمن بالمثل والصنعة بالقيمة، أي أُجرة مثل تلك الصنعة. وفيها جميعاً ما عدا الإرشاد أنّه لا ربا لتغايرهما، ولهذا تضمن لو أُزيلت مع بقاء العين ويصحّ الاستيجار عليها. وفي «الدروس» أنّه يشكل بعموم الربا[٧]. وقال في «المسالك»: يشكل بأنّه لم يخرج بالصنعة عن أصله مع تصريحهم في باب الربا بأنّه لا فرق بين المصوغ وغيره في المنع من المعاوضة عليه بزيادة، وإنّا نمنع من بقائه مثليّاً بعد الصنعة لأنّ أجزاءه ليست متّفقة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متّصلة. ثمّ قال: إنّ ضمانها بالقيمة أظهر[٨]. وقد قرّبه في موضع من «التذكرة[٩]» واحتمله مولانا الأردبيلي[١٠]. واحتمل في «الدروس» ضمانها بمثلها مصوغة إن أمكن المماثلة كالنقدين[١١]. وهو بعيد. وظاهرهم الاتّفاق على عدم سقوط ضمانها. وقضية قوله في الدروس «يشكل بعموم الربا» أنّ قضية كلام المبسوط وما ذكر بعده اختصاصه بالبيع، وهو كذلك، وهو الّذي حكيناه عن هذه الكتب في باب الربا[١٢]، لكنّ هؤلاء لا يحتاجون إلى التعليل بالتغاير، بل الاستناد إليه يغاير كلامهم في باب الربا وما فهمه في «الدروس» خلاف ما فهمه منهم في

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦١. (٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٧.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٦ و٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ و٣٨٣ س ١٦ و١٣.
(٧ و١١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩١.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٩.
(١٢) تقدّم في ج ١٤ ص ٨ ـ ١٤.

ولو اتّخذ من السمسم الشيرج تخيّر بين المطالبة بالسمسم، وبالشيرج والكُسب والأرش إن نقصت قيمته، أو بالشيرج والناقص من السمسم.

«المسالك» حيث قال: وإن عمّمناه قيل: كان الحكم كذلك[1]. وكأنّه لحظ التعليل.

هذا، ولو تلفت الصنعة فقط فإنّه يضمنها. ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء، لانتفاء الربا هنا.

[فيما لو اتّخذ الغاصب من السمسم الشيرج]

قوله: ﴿ولو اتّخذ من السمسم الشيرج تخيّر بين المطالبة بالسمسم﴾ هذا الفرع لم نجده في غير هذا الكتاب. وبه اعترف أيضاً في «جامع المقاصد[2]» وقد خيّره المصنّف بين ثلاثة أمور: الأوّل أن يطالبه بالسمسم لأنّ عينه بمنزلة التالف فيرجع إلى المثل.

قوله: ﴿وبالشيرج والكُسب[3] والأرش إن نقصت قيمته﴾ هذا هو الثاني، ووجهه أنّه مال المالك وإن تغيّرت صورته وصفاته، لكن إن نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الأرش، لأنّ النقصان بفعل الغاصب.

قوله: ﴿أو بالشيرج والناقص من السمسم﴾ هذا هو الثالث، وظاهره أنّه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص بأن ينسب الشيرج إلى عين السمسم. وفي «جامع المقاصد» أنّه بعيد ولا يكاد يتحصّل له

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٠.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٠.

(٣) الكُسْب ـ بِزان قُفْل ـ: وثُفل الدُهن. (المصباح المنير: ص ٥٣٢ مادّة «كسب»).

ولو تعذّر المثل إلّا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر.

معنى، لأنّه لا يعرف نسبة الشيرج إلى عين السمسم، فاستظهر أنّ المراد الناقص من قيمة السمسم، قال: ووجهه إنّ الكَسب أقرب إلى التلف، لأنّه تفل الشيرج. وقال: ما ذكره المصنّف في هذه المسألة لا يستقيم، لأنّه إن بقي المال بعد تغيّر صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل، وإن خرج بالفعل المذكور لم يكن له أخذه باختياره، مع أنّ تصرّف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأيّ وجهٍ كان على الأصحّ، ولا وجه لما ذكره هنا، وينبغي التثبّت في تأمّله إلى أن يظهر الصواب، انتهى[1].

[فيما لو تعذّر المثل إلّا بأكثر من ثمنه]

قوله: ﴿ولو تعذّر المثل إلّا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر﴾ كما قال في «التذكرة[2]» والأقرب الوجوب كما في «التحرير[3] والإيضاح[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6]» لصدق القدرة على المثل، لأنّه كالعين وردّها واجب وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته، والضرر لا يزال بالضرر والغاصب مو آخذ بالأشقّ. ووجه الوجه الآخر أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفّارة والهدي، وأنّه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف قيمة المثل وهو ضرر وضمان لأكثر من القيمة، إذ لا فرق بين أخذ المالك لها ـ أي للزيادة ـ

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ٣٦ و٣٧.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٩.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٨.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٣.

ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا،

وأخذ البائع وأنّه لو خاف اللصّ على الزائد لم يجب المثل فكيف توجبه هنا*. وفرق بينهما بافتراق العوض والثواب. ومعناه أنّ اللصّ حيث يأخذ الزائد يكون العوض عليه، وإذا اشترى بالأكثر يكون الزائد على الله تعالى. لأنّه فعل ممتثلاً لأمره. وفيه: أنّ الآخر أيضاً يرجع بالأخرة إلى الله تعالى ويمكن الفرق بالمهنة وعدمها كما في ماء الوضوء إن كانت مسألة اللصّ مسلّمة وإلّا فالنزاع فيها جارٍ أيضاً.

[فيما لو ابق العبد من يد الغاصب]

قوله: ﴿ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا﴾ هذا معنى ما في «المبسوط[1] والخلاف[2] والغنية[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] والإرشاد[8] والدروس[9] وجامع المقاصد[10] ومجمع البرهان[11]»

---

* ـ معناه أنّه إذا لم يمكنه اللصّ من إيصال المثل إلى المالك إلّا بأزيد من ثمنه لا يجب عليه حينئذٍ المثل «منه».

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥.
(٢) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٢ مسألة ٢٦.
(٣) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١ ـ ٢٨٢.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٦.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.
(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان غير المثلي ج ٢ ص ٣٨٥ س ٥.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.
(٨) إرشاد الأذهان: في الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٩) الدروس الشرعية: في الغصب ج ٣ ص ١١٢.
(١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦١.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩.

وكذا «المسالك[١] والكفاية[٢] والإيضاح[٣]». وفي «الخلاف[٤] والغنية[٥]» أنّه عليه القيمة وأنّ مالك العين إذا أخذها ـ أي القيمة ـ ملكها بلا خلاف. وظاهرهما نفيه بين المسلمين.

وقد ذكر أنّ ضمان القيمة للحيلولة في «المبسوط[٦] والخلاف[٧] والغنية[٨] والتذكرة[٩] والمسالك[١٠]» وظاهر هذه الكتب أنّ ذلك مجمع عليه أيضاً وأنّهم ليأخذونه مسلّماً كما تقدّم[١١] ويأتي. ومَن تتبّع كلامهم في المسألة وحاول جمعه جميعه وضمّ بعضه إلى بعض كان حاصله أنّه إذا تعذّر عادة ردّ العين على الغاصب عند طلب المالك لها وجب على الغاصب أن يدفع البدل مثلاً أو قيمةً، فإن رضي المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه ملكاً مستقرّاً لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك، وإن أخذه على وجه البدلية لمكان الحيلولة لا المعاوضة ملكه ونماؤه المنفصل له، لكن متى عادت العين كان لكلٍّ منهما الرجوع في ماله، فيجبر الآخر على ردّ ما بيده سواء في ذلك الغاصب والمالك. بل لا يجوز للمالك إمساك القيمة وغرامة مثلها، لكن سيأتي[١٢] لولد المصنّف أنّ الأولى أن لا يجبر المالك على إعادة البدل، وللمصنّف الاستشكال في ذلك. وقضية كلامهما أنّه لا يجبر أيضاً على غرامة مثله ولا قيمته. وأمّا العين المضمونة فهي باقية على ملك مالكها مطلقاً

(١ و١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٠.
(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٧.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٨.
(٤ و٧) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٢ و٤١٣ مسألة ٢٦.
(٥ و٨) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨٢.
(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥.
(٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان غير المثلي ج ٢ ص ٣٨٥ س ٥.
(١١) تقدّم في ص ١٤٣ ـ ١٤٦.
(١٢) سيأتي في ص ٢١٤.

ونماؤها له متّصلاً ومنفصلاً. وإنّما ملك العوض للحيلولة بينه وبين ملكه لكونه عوضاً حتّى لو اتّفقا على ترك التراد فلابدّ من بيعٍ ونحوه ليملك الغاصب العين.

وهذا خلاصة ما ذكره في مواضع من «التذكرة[1]» وغيرها[2] وظاهرها* أنّ ذلك كلّه محلّ وفاق حيث لم ينسب فيها الخلاف إلّا إلى أبي حنيفة في بعض هذه الأحكام كما ستعرف. وقد سمعت ما حكيناه عن «الخلاف والغنية» وما استظهرناه منهما ومن غيرهما، بل نسب كلّ ذلك في «المسالك[3]» وكذا «الكفاية[4]» إلى إطلاق الأصحاب. وبعد ذلك فهذا كلّه موافق لقواعد الباب وأُصول المذهب، لأنّه إذا لم يملك المغصوب منه القيمة كانت محض ضرر عليه، والغرض المحافظة على وصول ملكه أو بدله إليه على الفور، وبقاء العين على ملك المالك لامتناع كون الملك لا مالك له ولا ناقل إلى الغاصب وستعرف معنى الحيلولة.

ولم نجد مَن تأمّل في ذلك قبل المصنّف وولده فيما يأتي في خصوص ما عرفت وقبل المحقّق الثاني والشهيد الثاني في أصل المسألة. قال الأوّل: إنّ هنا إشكالاً فإنّه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العبد على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه[5]. وقد أخذه الشهيد الثاني فأبرزه بعنوان آخر قال: لا يخلو ذلك من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليلٍ واضح. ولو قيل: بحصول الملك لكلٍّ منهما متزلزلاً وتوقّف تملّك

---

* ـ أي التذكرة.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي وغير المثلي ج ٢ ص ٣٨٥ س ٦ ـ ٢٣ وفي ص ٣٨٣ س ٤١ و ٤٢.

(٢ و ٣) كمسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٠ و ٢٠١.

(٤) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٨.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦١.

المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرّف كان وجهاً في المسألة[1]. وقد حكاه عنه صاحب «الكفاية» مستحسناً له[2].

قلت: قد عرفت أنّ وجوب القيمة وتملّكها بالأخذ لا خلاف فيه بين المسلمين. كما أنّ الظاهر أنّ الضمان للحيلولة كذلك، كما أنّ بقاء العين على ملك المالك وعدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لا خلاف فيه إلّا من أبي حنيفة[3]. وهذه الثلاثة تقضي بأنّ الجمع بين العوض والمعوّض إنّما يمتنع إذا كانا في يده وتحت تصرّفه وكان أحدهما في مقابلة الآخر، وأمّا إذا كان أحدهما خارجاً عن يده وتصرّفه ظلماً وعدواناً وقد أخذ ذلك العوض عوضاً عن مظلمته الّتي يجب عليه ردّها عليه فوراً وجبراً عمّا فاته من منفعته ولم يكن في مقابلة نفس العين المغصوبة فلا مانع منه عقلاً وشرعاً بل هما حاكمان بذلك، فهذا معنى جعلها في مقابلة الحيلولة، فقد اتّضح معناه وعلم مبناه وأنّه الإجماع كما عرفت.

وما في «المسالك» من أنّ الغاصب يملك العين ملكاً متزلزلاً خرق للإجماع البسيط والمركّب، وذلك لأنّ أصحابنا متّفقون على أنّه لا يملك، والقائل من العامّة بأنّه يملكه يقول بأنّه يملكه مستقرّاً إذا حكم الحاكم بقيمة المغصوب أو قامت بها البيّنة، وأمّا إذا أخبره الغاصب بقيمته وكانت أقلّ من قيمته واقعاً فإنّه يملكه ملكاً متزلزلاً. فقول المسالك خرق لإجماعنا البسيط وإجماعهم المركّب. نعم ملك المالك للقيمة متزلزل كما قضت به كلمات جماعة[4] وصرّحت به عبارات آخرين

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠١.

(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٨.

(٣) بدائع الصنائع: في الغصب ج ٧ ص ١٥٢.

(٤) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠١، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩، والسبزواري في الكفاية: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٨.

وللغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال

كالمصنّف في «التذكرة[١]» والكركي في «جامع المقاصد[٢]» والمخالف فخر الإسلام في «الإيضاح[٣]» والمصنّف استشكل ذلك كلّه كما يأتي.

وليعلم أنّه يجب على الغاصب دفع البدل فوراً إذا طلبه المالك، ويكفي لوجوب دفعه تعذّر دفع العين على الفور. ولا إشكال في شيء من ذلك وإنّما الإشكال فيما إذا كان يتمكّن من الدفع بعد يوم مثلاً، فهل يجب دفع البدل؟ قال في «جامع المقاصد» فيما يأتي[٤]: إنّ إطلاق كلامهم يقتضي الوجوب ويناسبه أنّ الغاصب مؤاخذ بالأشقّ. قال: ولم أقف على تصريح بنفي وإثبات. قلت: الظاهر من كلامهم كما سمعته أنّ المتمكّن بعد يوم أو يومين أو ثلاثة غير متعذّر عليه الردّ عادةً فلا يجب عليه دفع البدل، فتأمّل. وتمام الكلام في المسألة وأطرافها عند تعرّض المصنّف لها فيما يأتي[٥].

قوله: ﴿وللغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال﴾ الأقرب أنّه ليس له ذلك كما في «التذكرة[٦]» وهو الأولى كما في «الإيضاح[٧]» والأصحّ كما في «جامع المقاصد[٨]» لأنّ دفع القيمة لم يكن على سبيل المعاوضة حقيقة، وقد كان تسليم العبد واجباً فوراً فيستصحب. ولا يجوز حبس مال في مقابلة مال آخر قد حبسه مالك المال ظلماً لأنّ مَن ظُلم لا يظلم وجزم في «التحرير[٩]» بأنّ له ذلك، لأنّه قد دفعها عوضاً، فله حبس المعوّض إلى أن

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان غير المثلي ج ٢ ص ٣٨٥ س ١٩ و١٠.
(٢ و٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦١.
(٣ و٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٨.
(٤ و٥) سيأتي في ص ١٨٩ ـ ١٩٠.
(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.

فإن تلف العبدمحبوساً فالأقرب ضمان قيمتهالآن واسترجاعالأُولى،

يقبض العوض كسائر المعاوضات. ومن ذلك يعرف الوجه في استشكال المصنّف. ومحلّ الفرض ما إذا لم يعلم أنّه لا يردّها عليه، وإلّا فله المقاصّة.

قوله: ﴿فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأُولى﴾ هذا مبنيّ على جواز الحبس كما هو الظاهر من سَوق العبارة وممّا سلف له من اختيار أنّ الواجب أعلى القيم، إذ لو لم يكن مبنيّاً على جواز الحبس ما عدل عن مختاره. وهو الّذي فهمه ولده في «الإيضاح[1]» وصاحب «جامع المقاصد[2]». ووجه القرب أنّ حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للحيلولة، وهذه اليد غير الأُولى لكونها مستحقّة، ولوجوب ردّ المالك القيمة الأُولى، فإذا تلف ضمن بقيمته يوم التلف فيسترجع القيمة الأُولى وكان حقّه أن يقول: يسترجع الزائد كما صرّح بذلك كلّه في «جامع المقاصد[3]» وحاصله: أنّ العين لمّا كانت باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب، وقد خرجت عن كونها غصباً بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة، وجبت قيمة يوم التلف كما هو ظاهر.

ومنه يعلم حال ما في «الإيضاح وكنز الفوائد» قال في الأوّل في وجه القرب: إنّ حكمالغصب قد زال بردّ القيمة، وهذه اليد غير الأُولى إلى آخر ما ذكر. ولا ريب أنّه أراد بردّ القيمة وجوب ردّ المالك لها الّذي جاز حبس العين في مقابلته وإن كان ظاهر العبارة خلاف ذلك، لأنّه لايجوز أن يراد بردّ القيمة دفع الغاصب لها لمكان الحيلولة، لأنّ ذلك لا يزول به حكم الغصب. وقال في وجه العدم: إنّه إنّما

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٨.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦١ و٢٦٢.

يستحقّ ردّ الاُولى بدفع العين ولم يحصل، والحصول في يد الغاصب لا يؤثّر في زوال ملكية المالك للقيمة الّتي في يده، لأنّ يد الغاصب موجبة للضمان، فيستقرّ ملك المالك على القيمة الاُولى إن كانت أكثر، قال: وهو الأقوى عندي[١].

وفيه: أنّه إذا كان مبنى المسألة على جواز الحبس كان حكم الغصب زائلاً، وكانت ملكية المالك للقيمة زائلة لوجوب ردّها عليه، فلم تكن يد الغاصب موجبة للضمان أصلاً كما هو الأصل.

وقال السيّد العميد على ما حكي عنه: هذا إنّما يتمشّى على وجوب قيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا له الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الاُولى والثانية. وكأنّه لم يبنه على جواز الحبس الظاهر من كلامه كما عرفت، أو بناه ولم يلتفت إلى ما ترتّب عليه. وقد حكاه برمّته عنه في «جامع المقاصد» ثمّ وجّهه له بأنّه إن كان الأقلّ هو القيمة الاُولى فإنّه قد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها، وإن كان الأقلّ هو الثانية فهي المستحقّة بالتلف، لأنّ الاُولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس. ثمّ قال: وفيه نظر، لأنّ المدفوع للحيلولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً، ولهذا لا تخرج العين بذلك عن ملك المالك ولا يستقرّ ملكه على المدفوع[٢]، انتهى. ولعلّ الأقلّ في كلامه من طغيان القلم، أراد أن يثبت الأكثر فأثبت الأقلّ كما هو الموجود في ثلاث نسخ، وعلى تقدير الأكثر لم يكن السيّد العميد بنى ذلك على ما ذكر، بل بناه على أنّ الواجب في كلّ مغصوب إذا تلف أعلى القيم من دون التفات إلى دفعها عوضاً أو استحقاقها بالتلف، فليلحظ ذلك كلّه.

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٨.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٢. وراجع كنزالفوائد: في الغصب ج ١ ص ٦٦٢.

ولو تنازعا في عيبٍ يؤثّر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر.

[فيما لو تنازعا في زمان حدوث العيب]

قوله: ﴿ولو تنازعا في عيبٍ يؤثّر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر﴾ إذا أتى الغاصب بالعبد وبه عيب العور مثلاً وهو حيّ فادّعى الغاصب سبقه على الغصب وادّعى المالك سبق الغصب عليه تعارض الأصلان. وكذلك الحال فيما إذا كان العبد قد مات أوخفي خبره. ولا كذلك لو كان قد مات أوخفي خبره وادّعى الغاصب أنّ به عيب العور مثلاً وأنكر ذلك المالك بالكلّية كما ستعرف. فعلى الفرض الأوّل يتعارض الأصلان، كأن يقال: العور حادث والأصل تأخّره عن الغصب، والغصب حادث والأصل تأخّره عن العيب، وأيضاً الأصل عدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغصب، معارض بأصل عدم حدوث ما يوجبه قبل الغصب، ويعضد الأوّل أصل البراءة، ويعضد الثاني أصل السلامة، وهو بمعنى الغالب الراجح وبمعنى القاعدة، لأنّ الشارع أرسى قواعد شرعه على السلامة وليس أحدهما وارداً على الآخر ولا ناقلاً عنه بل كما أنّ الأصل في بني آدم السلامة كذلك الأصل في بني آدم عدم شغل الذمّة، فينبغي أن ينزع في الترجيح إلى القوّة، ولاريب أنّ أصل البراءة أقوى، لأنّه قد دلّ عليه العقل والنقل، وأصل السلامة بمعنييه كالأصل في الاستعمال الحقيقة منشؤه الظنّ والرجحان والغلبة، فيقدّم قول الغاصب كما هو خيرة «المبسوط[1] والسرائر[2]» وظاهر «المختلف[3]» أو صريحه.

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٤ و١٠٥.
(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٥.
(٣) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٩.

وممّا ذكر يُعلم حال ما قاله في «جامع المقاصد[1] والمسالك[2]» في وجه النظر، قال: ينشأ من تعارضهما فإنّ الأصل براءة الذمّة من أرش ذلك والأصل السلامة في العبد إلى حين إثبات اليد فتعارضهما أوجب التردّد. ثمّ قال: لا يخفى أنّ التعارض غير واضح، لأنّ أصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمّة الغاصب بضمان جميع العبد، ومع ذلك لا يبقى أصل البراءة لوجود الناقل عنه، ولأنّ الأصل عدم تقدّم العيب، وهو معنى ما أجمله في «الإيضاح[3]» وأنت إذا لحظت ما حرّرناه عرفت أنّ في كلامهم نظراً من وجوه.

وتحرير المسألة أن يقال: إنّه لمّا خلق تامّاً كما هو المفروض في كلامهم حيث يمثّلون بالعور ولم يمثّلوا بالكمه كان التمسّك بأصل السلامة تمسّكاً باستصحابه، فمعناه إنّا نستصحب السلامة إلى حال رؤيته، وقد رأيناه في يد الغاصب أعور، فيكون مضموناً عليه والعيب حدث بعد الغصب، مضافاً إلى أنّه حادث، والأصل تأخّره وعدم حدوث ما يوجبه قبل الغصب. وأمّا التمسّك بأصل البراءة فيكون باستصحابه وبه نفسه، فمعنى التمسّك باستصحابه أن يقال: خلق هذا الغاصب وذمّته بريئة من هذا العيب فيستصحب إلى حال رؤيته، وذلك يقضي بأنّه حدث قبل الغصب، مضافاً إلى أنّ الغصب حادث والأصل تأخّره وعدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغصب، فكانت الأُصول الستّة متعارضة ففزعنا إلى الترجيح المتقدّم. وقولهم «إنّ أصل البراءة متأخّر عن أصل السلامة ومقطوع به» غير صحيح على هذا التحرير، نعم لو تمسّكنا به نفسه الآن وقلنا الراجح الغالب البراءة لا بمعنى استصحابه تمّ ما ذكروه، وهو الّذي أوقعهم في هذا الوهم. ويرشد إلى ذلك

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٢ ــ ٢٦٣.

(٢) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٤٩ ــ ٢٥٠.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٩.

موافقتهم لنا فيما إذا كان العيب الحادث الّذي يدّعيه الغاصب أصلاً في الخلقة كأن ادّعى أنّه أكمه، أو ولد أعرج، أو بلا يد، فإنّهم قالوا: لا يتمّ الأصل إلّا بمعنى الغالب، فإنّ السلامة في الخلقة غالبة راجحة ومعارضة بأصالة براءة الذمّة من ذلك، فيقدّم قول الغاصب من ذلك، وهذا كما ترى يشهد لما قلناه كما هو واضح لمن تـأمّل والأعجب من ذلك أنّ المحقّق في «الشرائع» لم يحرّر ذلك كما ستسمع. ولا ريب أنّه إذا علم تاريخ أحدهما وشكّ في الآخر كان الأصل تأخّره، وأمّا الاقتران فلم نجدهم يلتفتون إليه أصلاً، والوجه في ذلك أنّه نادر جدّاً والأصل عدمه.

وكيف كان، فقد اختير تقديم قول المالك فيما نحن فيه في «الشرائع [1] والتحرير [2] والإرشاد [3] والإيضاح [4] وجامع المقاصد [5] والمسالك» بل في الأخير أنّه المشهور [6]. ولا ترجيح في «التذكرة [7]» ولعلّ ظاهر «جامع المقاصد» أنّ المسألة هنا مفروضة فيما إذا أتى به حيّاً، وكلام «الإيضاح» قابل للحيّ والميّت، وقد عرفت أن الأصول والقواعد تقضي بعدم الفرق بين الحيّ والميّت إذا اتّفقا على وجود العيب واختلفا في تقدّمه على الغصب وتأخّره عنه. ويأتي للمصنّف في آخر الباب [8] عبارتان، إحداهما: لو ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور قدّم قول المالك، وقد حمله في «جامع المقاصد» على ما إذا كان الاختلاف بعد موت العبد، وناقشه بأنّه

---

(١) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠ ـ ٥٥١.

(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٩.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٣.

(٦) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٥٠.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) سيأتي في ص ٣٨٦.

رجوع عن التردّد إلى الجزم [1]. يعني أنّه تردّد هنا وجزم به هناك، وهذا يقضي بأنّ ما هنا محمول على صورة الاختلاف بعد الموت، لكن يسهله أنّ المسألتين عنده من وادٍ واحد كما قلناه. والثانية: قوله [2] أيضاً بعد ذلك: لو ادّعى تجدّد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه إشكال. وهو نصّ فيما إذا كان الاختلاف حال حياة العبد. والأصل في ذلك أنّ الشيخ في «المبسوط» فرّق قال: إذا غصب عبداً فردّه وهو أعور فقال سيّده: عور عندك وقال الغاصب: بل عندك فالقول قول الغاصب لأنّه غارم، فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيّده أنّه ما أعور، والفصل بينهما أنّه إذا مات ودفن فالأصل السلامة حتّى يعرف عيباً، فكان القول قول السيّد، وليس كذلك إذا كان حيّاً، لأنّ العور مشاهد موجود، انتهى [3].

وقال في «السرائر»: فإن غصب عبداً فردّه وهو أعور واختلفا فقال سيّده: عور عندك وقال الغاصب: بل عندك قدّم قول الغاصب لأنّه غارم، وقال بعض أصحابنا: فإن اختلفا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيّده أنّه ما كان أعور، والّذي يقوى عندي أنّ القول قول الغاصب لأنّه غارم في المسألتين والأصل براءة الذمّة، وهذا الّذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين، والّذي تقتضيه أُصول المذهب ما ذكرناه، انتهى [4].

والظاهر من كلام الشيخ [5] والشهيد في الدروس [6] بل وابن إدريس [7] أنّ الشيخ فرض مسألة الموت فيما إذا أنكر المالك العور مطلقاً، وهو الّذي استظهره من

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.
(٢) سيأتي في ص ٣٨٩.
(٣ و ٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٤.
(٤ و ٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٥.
(٦) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٧.

كلامه في «المختلف[1]» بل كلام الشيخ، لأنّه كالصريح في ذلك حيث قال: القول قول سيّده أنّه ما أعور. وهو الّذي نبّه عليه المصنّف[2] في أواخر الكتاب حيث فرّق بين المسألتين فجزم في مسألة الموت بأنّ القول قول المالك واستشكل في مسألة الحياة هنا وهناك لمكان تعارض الأصلين، فلم يكن رجع عن التردّد إلى الجزم. والمحقّق الثاني بل والأوّل لم يحرّرا كلام الشيخ والجماعة فظنّا أنّ المسألتين مفروضتان فيما إذا اتّفقا على وجود العيب واختلفا في تقدّمه وتأخّره، وقد عرفت أنّ الظاهر أنّه ليس كذلك وإن كان يتوهّم في أوّل وهلة من كلام المبسوط بل والسرائر ذلك، وإلّا فما كان المصنّف في آخر الكتاب والشهيد في الدروس ليستشكلا في مسألة الحياة ويختارا تقديم قول المالك في مسألة الموت من دون تقادم عهد، ومثل ذلك ما في «التحرير[3]» وقد سمعت ما في «المختلف».

والوجه في ذلك ظاهر، لأنّ المالك إذا أنكر العيب بالكلّية وادّعاه الغاصب فالأصل عدمه، والأصل السلامة منه، فلا مجال لأصل البراءة، لأنّهما حاكمان عليه ناقلان عنه، وإن ظنّ ابن إدريس[4] أنّه مقدّم عليهما لقوّته واحتمله غيره[5] لكنّه خطأ، لأنّ ذلك حيث يتعارضان، وهنا لا تعارض، وإنّما فرض ذلك في صورة الموت، لأنّه في صورة الحياة يظهر الحال بالمشاهدة، وتعارض الأُصول ومعرفة الوارد والناقل ممّا يدقّ، فلذلك وقع لهؤلاء الأجلّاء ما سمعت.

---

(١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٩.
(٢) سيأتي في ص ٣٨٦ ـ ٣٨٨.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠ ـ ٥٥١.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٥.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥١.

والذهب والفضّة يُضمنان بالمثل لابنقد البلد على رأي، فإن تعذّر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد، وإن اتّفقا فيه وفي الوزن ضمنه به، وإن اختلفا في الوزن قوّم بغير جنسه حذراً من الربا.

[في ضمان الذهب والفضّة]

قوله: ﴿والذهب والفضّة يُضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي﴾ موافق «للسرائر[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والتذكرة[4] والمختلف[5] والإيضاح[6] والدروس[7] وجامع المقاصد[8]» لعموم المثل في المثلي. وقال الشيخ في «المبسوط[9]»: يضمنان بنقد البلد، وقد عدّهما قبل ذلك من أقسام القيمي، فيراعى التفصيل الآتي، والجماعة لا يعتبرونه إلّا بعد تعذّر المثل.

قوله: ﴿فإن تعذّر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد، وإن اتّفقا فيه وفي الوزن ضمنه به، وإن اختلفا في الوزن قوّم بغيرجنسه حذراً من الربا﴾ ونحوه ما في«الشرائع[10] والتحرير[11] والدروس[12] وجامع المقاصد[13]» أمّا مع الاختلاف في الجنس فلانتفاء الربا مع اختلافه وأمّا مع

---

(١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٦.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(٣ و ١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٤ س ١٤.
(٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٢.
(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٩.
(٧ و ١٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(٨ و ١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٣.
(٩) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦١.
(١٠) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.

المطلب الثاني: في الأحكام

وفصوله ثلاثة:

الأوّل: في النقصان

ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها،

الاتّفاق فيه وفي الوزن فلانتفاء المحذور كما هو ظاهر كالثالث، لكنّه إن رضي فيه بالمساوي فلا بأس.

[في حصول تغيّر السعر مع بقاء العين على صفتها]

قوله: ﴿المطلب الثاني: في الأحكام، وفصوله ثلاثة، الأوّل: في النقصان، ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها﴾ فلا يضمن زيادة القيمة السوقية بلا خلاف كما في «المبسوط[1]» وظاهره نفيه بين المسلمين، وإجماعاً كما في «المختلف[2] والروضة[3]» وهو (أي الإجماع ـ خ) ظاهر «الخلاف» حيث قصر الخلاف على أبي ثور[4]، وظاهر «التذكرة» حيث نسبه إلى جمهور العلماء وقصر الخلاف على أبي ثور وقال: إنّ بعض الشافعية وافقه[5]، وظاهر «المسالك» حيث نسبه إلى أكثر أهل العلم وقصر الخلاف على شذوذ من العامّة[6]. وبه طفحت عباراتهم[7] في المقام حتّى ممّن لا يعمل إلّا بالقطعيّات بل في

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٣. (٢) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٦.

(٣) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٤١.

(٤) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٤ مسألة ١٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في الطواري ج ٢ ص ٣٨٥ س ٢٧ و ٣٠ و ٣٢.

(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨٢.

(٧) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٠، والمحقّق الثاني في ←

فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الردّ واحداً فلا شيء عليه، فإن تلف وجبت العشرة. ولو تلف بعضه حتّى عاد إلى نصف درهم بعد ردّ الأصل إلى درهم وجب القدر الفائت ـ وهو النصف ـ بنصف أقصى القيمة ـ وهو خمسة ـ مع الباقي.

مقامات اُخر يأخذونه مسلّماً[1]. فالإجماع محصّل لاريب فيه معتضد بالأصل والاعتبار، لأنّ الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب، فإنّ عينه موجودة والواجب ردّها، فكان عموم خبر الضرر[2] مخصّصاً بذلك ولعلّ الاُستاذ قدّس الله تعالى روحه ما اطّلع على ذلك كلّه وإلّا لما مال إلى الضمان متردّداً في الإجماع ومحتملاً كون المراد منه غير معناه المصطلح[3]، وهو منه غريب، لأنّ هذا الاحتمال جارٍ في جميع الإجماعات المنقولة، بل في نفي الخلاف بلاغ لكونه حجّة ظنّية عندنا.

قوله: ﴿فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الردّ واحداً فلا شيء عليه﴾ الوجه فيه ظاهر.

قوله: ﴿فإن تلف وجبت العشرة﴾ بناءً على ما اختاره المصنّف من أنّ الواجب أعلى القيم مع التلف.

قوله: ﴿ولو تلف بعضه حتّى عاد إلى نصف درهم بعد ردّ الأصل إلى درهم وجب القدر الفائت ـ وهو النصف ـ بنصف أقصى القيمة، ـ وهو خمسة ـ مع الباقي﴾ يريد أنّه إذا صار الثوب مثلاً الّذي كانت قيمته

← جامع المقاصد: في الغصب ج٦ ص ٢٦٤، والطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٧٤.

(١) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الدّين ج ٥ ص ٢٩.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الخيار ح ٣ و٤ ج ١٢ ص ٣٦٤.

(٣) الحاشية على مجمع الفائدة للوحيد البهبهاني: في أحكام الغصب ج ١٣ ص ٦١٩.

ولو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثمّ انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم لزمه مع الردّ الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي.

ولو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتّى ساوى خمسة ثمّ ارتفع (ارتفعت ـ خ ل) السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل ردّه مع العشرة، لأنّ التالف نصفه، فلو بقي كلّه لساوى عشرين

يوم الغصب عشرة يساوي بحسب السوق درهماً واحداً، ثمّ تلف بعضه يعني نصفه، فإنّه يضمنه على مختار المصنّف بخمسة دراهم، وهو نصف أقصى القيمة، فيردّه ويردّ الباقي من العين.

قوله: ﴿ولو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثمّ انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم لزمه مع الردّ الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولايغرم ما نقص بالسوق من الباقي﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» ومراده أنّه إذا لبس الثوب الّذي قيمته يوم غصبه عشرة دراهم وأبلاه حتّى عادت قيمته إلى خمسة، فيكون نقصه قدر النصف باعتبار الفائت من العين والصفات، ثمّ انخفض فعادت قيمة المغصوب كلّه والباقي بعد الإبلاء إلى درهم، فاللازم قيمة التالف، فإنّه كانت تساوي قيمته عند التلف خمسة، وأمّا الباقي فيجب ردّه لاضمان ما نقص بالسوق.

قوله: ﴿ولو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتّى ساوى خمسة ثمّ ارتفع السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل ردّه مع العشرة، لأنّ

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٨ س ١٤.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٥.

وردّه مع الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كلّه ثمّ زادت القيمة، وهو أقوى.
ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه، بل يردّ القطع مع الأرش.

التالف نصفه، فلو بقي كلّه لساوى عشرين﴾ أي فيغرم قيمة عشرة للتالف، وهو قول بعض الشافعية[1]، وقد قال في «التذكرة»: إنّه غلط[2]. وفي «جامع المقاصد» أنّ ضعفه ظاهر، لأنّ زيادة السوق بعد التلف لا أثر لها، واحتمال كونه كالباقي لبقاء الأصل خيال واهٍ[3].

قوله: ﴿وردّه مع الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كلّه ثمّ زادت القيمة، وهو أقوى﴾ وهو الحقّ كما في «الإيضاح[4]» والأوجه والأصحّ كما في «جامع المقاصد[5]» وبه جزم في «التذكرة[6]» وهو قول جماعة من الشافعية[7].

[فيما لو غيّر الغاصب المغصوب بأشكال]

قوله: ﴿ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه، بل يردّ القطع مع الأرش﴾ يريد أنّه إذا غصب شيئاً ثمّ غيّره عن صفته الّتي هو عليها ـ مثل أن كان نقرة فضربها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو ثوباً

---

(١) الوجيز في فقه الشافعي: في الغصب ص ١٧١.
(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٨ س ١٨ و١٧.
(٣ و٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٥ و٢٦٦.
(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٧٩.
(٧) فتح العزيز (المجموع): في الغصب ج ١١ ص ٢٩٣، روضة الطالبين: في الغصب ج ٤ ص ٢٢، الشرح الكبير: في الغصب ج ٥ ص ٤٣٥.

فقطعه ـ لم يملكه إجماعاً كما في «التذكرة[1]» في موضع منها و«المسالك[2]» وظاهر «التذكرة» في موضع آخر حيث نسبه إلى علمائنا[3]، وظاهر «السرائر» في مسألة غصب الحبّ والبيض في موضع منها وإنّما خالف فيه أبو حنيفة[4]. وبالحكم صرّح في «الخلاف[5] والمبسوط[6] والغنية[7] والسرائر[8] والشرائع[9] والتحرير[10] والإرشاد[11] والدروس[12] وجامع المقاصد[13] ومجمع البرهان[14]» بل يردّه مع الأرش إن نقص عند علمائنا كما في «التذكرة[15]» وبلا خلاف كما حكي[16] عنها.

وحكي في «الخلاف» عن أبي حنيفة: أنّه إذا غيّر الغصب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة وكان ذلك بفعله ملكه. وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة: أنّه لو دخل لصّ دكّان رجل فوجد بغلاً وطعاماً ورحى فصمد البغل وطحن الطعام ملك

(١ و١٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ١٤.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٤.

(٣) لم نجد في التذكرة موضعين ذكر في أحدهما الإجماع على المسألة وفي موضع آخر نسبته إلى علمائنا، بل ذكرهما في موضع واحد بعد أن حكم بما نسبه إليه الشارح بقوله «عند علمائنا أجمع» فراجع التذكرة: ج ٢ ص ٣٩٢ س ١٤.

(٤ و٨) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨١ و٤٨٢.

(٥) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٧ مسألة ٢٠.

(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٣.

(٧) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٩.

(٩) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.

(١٠) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٦.

(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.

(١٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(١٣) جامع المقاصد: في أحكام الغصب ج ٦ ص ٢٦٦.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٧.

(١٦) الحاكي هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٦.

ولو كان العيب غير مستقرّ ـ كما لو بلّ الحنطة حتّى تعفّنت، أو اتّخذ منها هريسةً، أو من التمر والسمن حلواءً ـ فإنّ مصيره إلى الهلاك لمن لا يريده، فالأقوى ردّ العين مع الأرش.

الدقيق، فإن انتبه صاحب الدكّان كان للّصّ قتاله عن دقيقه، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللصّ [1].

ودليل ما عليه الأصحاب واضح، وهو أنّ الأصل عدم خروج الملك عن مالكه، والأصل بقاؤه على ملكه حتّى يعلم المزيل، والغصب والتصرّف لم يثبت إيجابهما لذلك بل هما موجبان للضمان، ومن البعيد عن محاسن الشرع كونهما موجبين للملك لمكان الضرر القبيح عقلاً ونقلاً. وهذا الدليل جارٍ في نماء الملك كلّه، فإذا غصب بيضةً وفرخت كان لمالك البيضة، وكذلك الزرع في غاصب الحبّ، فقول الشيخ إنّهما للغاصب كما يأتي كقول أبي حنيفة هنا. وقد جعل المسألتين في «السرائر [2]» من سنخٍ واحد. ولا يصحّ الاستشهاد بنطفة الفحل للشيخ. ويأتي تمام الكلام في أوّل الفصل الثاني [3].

قوله: ﴿ولو كان العيب غير مستقرّ ـ كما لو بلّ الحنطة حتّى تعفّنت، أو اتّخذ منها هريسةً، أو من التمر والسمن حلواءً فإنّ مصيره إلى الهلاك لمن لا يريده، فالأقوى ردّ العين مع الأرش﴾ لو غصب عيناً فتعيّبت عيناً غير مستقرّ نقصه كأن نقصت نقصاً له سراية ولا يزال يزداد إلى الهلاك كما لو بلّ الحنطة فتمكّن العفن منها، أو اتّخذها هريسة، فقد قال الشيخ في

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٧ مسألة ٢٠.
(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.
(٣) سيأتي في ص ٢٥٩ ـ ٢٦٦.

«المبسوط»: الأقوى أنّه كالمستهلك[1]. ومعناه أنّ الغاصب يضمن المثل إن كان مثليّاً، وإلّا فالقيمة. وقضيّته أنّ الحنطة المبلولة تكون للغاصب، لأنّه ألحقه بالهالك في حقّ المالك، ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضماناً فكذا هنا، ويحتمل أن يكون للمالك، لئلّا يكون العدوان نافعاً كما لو نجس زيته فإنّ المالك أولى به. واختير في «التذكرة[2] والمختلف[3] والإرشاد[4] والإيضاح[5] ومجمع البرهان[6] وجامع المقاصد» أنّ المالك يأخذه ويأخذ أرشه وقت الدفع ثمّ كلّ ما تجدّد نقص في المستقبل رجع بأرشه حتّى يستقرّ النقص. وفي الأخير: التقييد بما إذا لم يتمكّن المالك من العلاج، فإن تمكّن بسهولة ففيه تردّد[7].

قلت: إذا كان المفروض أنّ العيب سارٍ لا يزال يزداد إلى الهلاك ـ كما فرض ذلك في «التذكرة[8]» وهو ظاهر غيرها[9] ـ كان أرشه وقت الدفع تمام القيمة، وهو عود إلى قول الشيخ. وكذا الحال لو ضمن أرش عيب سارٍ. وقولهم «إنّه يضمن في كلّ يوم أرش نقصه، ففي اليوم الأوّل يضمن درهماً وفي اليوم الثاني نصف درهم مثلاً، وهكذا إلى أن يتلف فيضمن التالف بقيمته» ففيه: أنّ هذا لا يكاد ينضبط ولا يعلم مقدار نقصه، والأحكام لا تناط بمثل ذلك إلّا مع المسامحة. والمصنّف هنا استشكل في ضمان النقص المتجدّد كما ستسمع.

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: في مسائل النقصان من الغصب ج ٢ ص ٣٩٠ س ٢٠.
(٣) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٤.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٠.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٢.
(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٨.
(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الاجزاء ج ٢ ص ٣٩٠ س ١٧.
(٩) كمسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٨١.

حجّة الشيخ أنّه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد فهو كأنّه تالف. وفي «جامع المقاصد» أنّ ضعفه ظاهر، إذ ليس بتالف وإن كان قد يؤول إلى التلف[١]، ثمّ إنّه بعد ذلك احتمله قال: ويحتمل دفعه إلى الغاصب وأخذ البدل لأنّه بمنزلة التالف[٢]. وهذا قول الشيخ في أحد الاحتمالين كما تقدّم. وقد قال في «التذكرة» إنّه أظهر أقوال الشافعية[٣]. قلت: ويعضده ما استمرّت عليه طريقة الناس في معاملاتهم فإنّهم يعدّون الحنطة الّتي تمكّن منها العفن تالفة لا يعرج عليها أحد، فلم يكن ضعفه بتلك المكانة من الظهور، على أنّه قد يعود إليه بالأخرة ما اختاروه أو يلزم أن يحصل للمالك مثل كمثله وزيادة، فتأمّل جيّداً.

ووجه ردّ العين مع الأرش أنّه باقٍ على ملك المالك، إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك، فيجب ردّه على مالكه وضمان ما نقص بالجناية، وهو جيّد إن كان العيب مستقرّاً ولم يكن الباقي في حكم التالف، فتأمّل.

ووجه ضمان النقص المتجدّد أنّه مستند إلى فعل الغاصب ووجود السبب كوجود المسبّب، فكلّما نقص شيئاً ضمنه فيكون كسراية الجناية.

ووجه ما في «جامع المقاصد» من التقييد ما قاله من أنّا نفرّق بينه وبين سراية الجناية بأنّ دفع سرايتها غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة، فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شدّ الفصد وترك علاج الجرح فلا يكون مضموناً، انتهى[٤]. قلت: لو جرحه فترك المداواة فمات ضمنه بلا خلاف أجده، فإنّ السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح. وهذا الّذي نحن فيه مثله، وأمّا لو فصده الفصّاد مداواةً لمرضه بأمر الطبيب فترك شدّه أو ترك كلّ منهما شدّه حتّى

(١ و٢ و٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٧ و٢٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الاجزاء ج ٢ ص ٣٩٠ س ١٩.

وكلّما نقص شيئاً ضمنه على إشكال، ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرّف فيه إلى أن يتلف، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب.

نزف الدم فمات فخيرة «الشرائع[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والتلخيص[4]» أنّه لاضمان على الفصّاد، والمصنّف في باب القصاص[5] استشكل من استناد الموت إلى سراية الجرح فهو كغيره من الجراحات الّتي يهمل المجروح مداواتها. وكيف كان، فلا يصحّ التنظير بالفصد، لأنّه لمصلحة المقصود، ولا يصحّ جعل الجرح والفصد من وادٍ واحد، لما عرفته من الفرق بينهما.

قوله: ﴿وكلّما نقص شيئاً ضمنه على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرّف فيه إلى أن يتلف، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب﴾ أمّا الوجه الثاني من الإشكال فقد تقدّم بيانه[6]. وأمّا الأوّل فينشأ ممّا ذكره المصنّف من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، لأنّه الواجب وتمام الحقّ، إذ لا يجب غيره حينئذٍ، فلا يجب شيء آخر بعد ذلك. واعترض بأنّ وجوبه حينئذٍ لا يقتضي كونه كمال الحقّ الواجب وإن كان كمال الحقّ حينئذٍ لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد، فإذا حدث ضمنه، لأنّه

---

(١) شرائع الإسلام: في القصاص ج ٤ ص ١٩٧.
(٢) تحرير الأحكام: في الجنايات ج ٥ ص ٤٢٣.
(٣) إرشاد الأذهان: في الجنايات ج ٢ ص ١٩٥.
(٤) تلخيص المرام: في الجراح والديات ص ٣٣٥.
(٥) قواعد الأحكام: في القصاص ج ٣ ص ٥٨٥.
(٦) تقدّم في ص ١١٢ ـ ١٣٠.

ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ـ كزوجي خفّ ومصراعي باب ـ فتلف أحدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة، وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي.

مستند إلى جنايته، وهو جيّد.

والظاهر من قول المصنّف «فيجوز ... إلى آخره» كونه تتمّة لهذا الوجه، فيكون المعنى: وإن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب، إذ يجوز أن يعانده المالك ... إلى آخره، ويحتمل أن يكون وجهاً برأسه، فيكون المعنى: ولأنّه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده فيحصل الضرر، وهو منفيّ بالخبر. والعبارة لا تفي بواحد من المعنيين، وتصدير الجملة بالفاء صيّرها في غاية البُعد عن الربط كما ذكر ذلك كلّه في «جامع المقاصد» وقال: منع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد، والحديث لا يدفعه، فإنّ الضرر لا يزال بالضرر، والغاصب مأخوذ بالأشقّ[1].

[فيما لو غصب شيئين وتلف أحدهما]

قوله: ﴿ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ـ كزوجي خفّ ومصراعي باب ـ فتلف أحدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة، وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي﴾ هذا معنى ما في «المبسوط[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والتذكرة[5]

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٩.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٢.

(٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٩.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الغصب ج ٢ ص ٣٩٠ س ٣٩.

وكذا لو شقّ ثوباً نصفين فنقصت قيمة كلّ واحدٍ منهما بالشقّ ثمّ تلف أحدهما.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧] والكفاية[٨]».

ووجه ضمان قيمة التالف مجتمعاً أنّ ذلك هو قيمته من حين الغصب إلى حين التلف. ووجه ضمان نقصان قيمة الآخر بالانفراد فلحصوله بسبب التفريق المستند إليه، لأنّه قد فوّت صفة الاجتماع في يده.

وقال في «اللمعة»: إنّه يضمن قيمة التالف مجتمعاً[٩]. وهذا يقضي بأنّه لايلزمه إلّا خمسة، ولعلّ وجهه أنّه لم يتلف غيره، ولأنّ نقص الباقي نقص قيمة فلا يلزمه كنقصها بتغيّر السعر. وفيه: أنّ نقص السعر لم يذهب من المغصوب عيناً ولامعنىً، وهنا فوّت بجنايته معنى وهو إمكان الانتفاع به، وهذا هو الموجب لنقص قيمته، فكان كما لو فكّ تركيب باب أو شقّ ثوباً ينقصه الشقّ وأُتلف أحد الشقّين.

[فيما لو شقّ ثوباً فنقصت قيمة الشقّين]

قوله: ﴿وكذا لو شقّ ثوباً نصفين فنقصت قيمة كلّ واحدٍ منهما

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٣) الدروس الشرعية: في تعريف الغصب ج ٣ ص ١٠٧.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٩.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٢.
(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٠.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٣٩.
(٨) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٩. (٩) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

بالشقّ ثمّ تلف أحدهما﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] ومجمع البرهان[٨] والكفاية[٩]» وتتحقّق المساواة في الحكم إذا كان أحد النصفين إنّما يحصل به كمال النفع مع النصف الآخر كأن يكون جعله ثوباً إنّما يتحقّق بهما لصغر النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له بثمنه ونحو ذلك، فمع فقده يفوت هذا النفع فتنقص قيمة الآخر بذلك، ولعلّ الباء في قوله «بالشقّ» سببية حتّى يكون المعنى أنّ نقصان كلّ واحدٍ منهما بواسطة التفرقة الّتي سببها الشقّ، لأنّه على تقدير تلف أحد النصفين من الثوب المشقوق لاحاجة إلى نقصانهما بالشقّ، بل لو كان النقصان بواسطة تلف أحدهما من غير أن ينقصا بالشقّ فالحكم كذلك، بل هو الموافق للمسألة السابقة، فإنّ النقصان لو استند إلى الشقّ قبل التلف لكان ضمان النقص حاصلاً وإن ردّهما.

فرعٌ نافع: قد طفحت عباراتهم[١٠] أنّ حمار القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذنب، وقد قال في «التذكرة»: لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه كما لو غصب حجّة إنسان بدَين أو ملك أنّ الأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربّه

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٢.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٩٠ س ٤٣ وص ٣٩١ س ٦.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥ ـ ٥٣٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٦٩.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٢.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٠.
(٩) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٨.
(١٠) منهم الشيخ في الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٦ مسألة ٣، وابن إدريس في السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٨، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٦.

أمّا لو غصب أحدهما وحده ثمّ تلف أو أتلف أحدهما فإنّه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصّة وهي خمسة،

إن غصبه منه، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل بما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير، إذ لاريب أنّ قيمة تلك الحجّة شيء يسير بالنسبة إلى غير مالكها، وأمّا بالنسبة إلى مالكها فإنّها تساوي أكثر[1]. وجعل الشأن في الخاتم والنعل بالنسبة إلى كبير الإصبع أو الرجل وغيره كذلك، وهو ينافي ما ذكره هو وغيره في حمار القاضي والشوكي، لكن قال في «الدروس»: إنّ مركوب القاضي كغيره وإن صيّره أبتر، وكذا لو أتلف وثيقةً بمال أو خفّاً لا يصلح إلّا لواحد، انتهى[2].

[فيما لو غصب أحد شقّي المال فأتلفه]

قوله: ﴿أمّا لو غصب أحدهما وحده ثمّ تلف أو أتلف أحدهما فإنّه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصّة وهي خمسة﴾ لأنّ قيمته منضمّاً إلى صاحبه خمسة وقد أذهبه بهذه الصفة فيكون ضامناً للخمسة، فكان كما لو أتلف رجل أحدهماوآخر الآخر، فإنّ كلّ واحدٍ منهما يضمن خمسة، وقدنفى عنه البأس في«التذكرة[3]»وجزم به في«الشرائع[4] والمسالك[5]». والفرق بين هذه المسألة ـ حيث احتمل فيها ثلاثةاحتمالات ـ وبين الّتي قبلها مع اشتراكهما في تلف أحد الزوجين ونقصان الآخر أنّ التلف في الأُولى تحقّق بعد إثبات الغاصب يده على الزوجين معاً، فكان كلّ ما يحدث من نقصان في القيمة أو في الصفات مضموناً عليه، وهنا

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٩١ س ٨ و٢.
(٢) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٣.

ويحتمل سبعة لأنّه أتلف أحدهما وأدخل (فأدخل ـ خ ل) النقص على الباقي بتعدّيه، ويحتمل ثلاثة لأنّه قيمة المتلف.

لم يثبت يده على الزوجين معاً وإنّما غصب أحدهما والآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند إليه من غير أن يكون غاصباً فجاءت الاحتمالات الثلاثة.

قوله: ﴿ويحتمل سبعة لأنّه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي﴾ هذا قوّاه في «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]». وفي «المسالك[3]» أنّه الأصحّ، وهو الأظهر عند الشافعية[4]. وقد نفى عنه البأس في «التذكرة» أيضاً، لأنّه أتلف أحدهما وأدخل النقصان على الثاني بتسبيبه وتعدّيه، فأشبه ما لو حلّل أجزاء الباب أو السرير فنقصت قيمته، فإنّه يضمن النقصان، ولم يذهب هنا سوى الجزء الصوري، فعرفنا أنّ الجزء الصوري مضمون، والجزء الصوري في زوجي الخفّ وشبهه قد أتلفه المتلف بإتلاف أحدهما، فيكون ضامناً له كما يضمن الّذي أتلفه منهما[5]. وقد تقدّم[6] أنّ الضمان يحصل بالتسبيب وإن لم يكن هناك غصب. وتردّد فيه ـ أي هذا الاحتمال ـ في «الشرائع[7] والتحرير[8]».

قوله: ﴿ويحتمل ثلاثة لأنّه قيمة المتلف﴾ لأنّ تلفه في يده لم يكن إلّا حالة التفريق، فإذا اعتبرنا قيمته يوم التلف ضمن الثلاثة، لأنّها قيمة الفرد الّذي

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٠.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٠.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٣.
(٤) مغني المحتاج: في الغصب ج ٢ ص ٢٨٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٩١ س ٢.
(٦) تقدّم في ص ١٥ ـ ٢٠.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٦.

ولو لم ينقص الثوب بالشقّ ردّه بغير شيء.
ويجب ردّ العين ما دامت باقية،

أتلفه. وفيه: أنّه لا منافاة بين الحكم بوجوب القيمة يوم التلف وضمان الزيادة خمسة كانت أو سبعة، لأنّا نوجب قيمته يوم التلف بسبب الغصب إن كان قد تلف، وإن كان أتلفه فبمباشرته، ونوجب الزيادة بالسببية، أو نقول بالنسبة إلى الخمسة: إنّ قيمته منضمّاً إلى صاحبه خمسة، وقد أتلفه على هذه الصفة كما تقدّم.

ولا بأس بذكر فرعٍ ذكره في «التذكرة» قال: لو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع إجماعاً، لأنّ الزائد إنّما ضمنه في ذمّته بتفريقه بين الخصّتين، فكان كما لو ذبح شاةً تساوي ربع دينار في الحرز ثمّ أخرجها وقيمتها أقلّ فإنّه لا يقطع، فكذا هنا[1].

قوله: ﴿ولو لم ينقص الثوب بالشقّ ردّه بغير شيء﴾ كما في «التحرير[2] والتذكرة[3]» إذا لم يفت من المال شيء كما في «جامع المقاصد» قال: لكن جزاء فعله زيادة تعزيره وإهانته ردعاً وزجراً[4].

[في وجوب ردّ الغاصب العين على مالكه]

قوله: ﴿ويجب ردّ العين ما دامت باقية﴾ كلّ مَن غصب شيئاً وجب عليه ردّه على المالك سواء طالب المالك بردّه أم لا مادامت العين باقية بلا خلاف كما في «التذكرة[5]» ومراده نفيه بين المسلمين، وقد حكى عليه الإجماع في

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٩١ س ٤ و٧.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٦.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٣ س ١.

«الدروس[١] والروضة» بل في الأخير: الإجماع على وجوبه على الفور[٢]، بل كاد يكون وجوب الردّ من ضروريّات الدين، وبه طفحت عباراتهم[٣] في أبواب الفقه بحيث لايمكن إحصاؤه، بل قالوا: إنّه يجب عليه الردّ ولو أدّى إلى خراب ملك الغاصب كالساجة في البناء واللوح في السفينة، بل لو أدّى إلى غرق السفينة والمال الّذي فيها إذا كانا له ـ أي الغاصب ـ ويدلّ عليه قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٤].

وليعلم أنّه حال الردّ غاصب ظالم ضامن، وهل يكون الردّ حراماً؟ لأنّه تصرّف في مال الغير فيكون واجباً حراماً كما قاله جماعة[٥] فيمن ارتدّ عن فطرة حيث قالوا بتكليفه بما لا يطاق، وفيمن أولج ذكره في فرج امرأة زناً قالوا: إنّه مأمور بنزع فرجه وبعدمه وأنّه واجب وحرام، وكذلك قالوا فيمن دخل دار قوم غصباً: إنّه مكلّف بالخروج وعدمه، وكذلك الشأن في تارك المقدّمة حتّى فات

(١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩.

(٢) الروضة البهية: في وجوب ردّ الغصب ج ٧ ص ٣٦.

(٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩، والشهيد في الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٥.

(٤) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ رقم ١٠٦.

(٥) هذا المثال ـ أي الكون في الأرض المغصوبة أو الخروج منها للغاصب ـ وغيره من الأمثلة الّتي يذكرها القوم مصداقاً لمسألة في اجتماع الأمر والنهي، بل المثال المذكور من أمثلتها المعروفة. ومراده من الجماعة القائلين بحرمة الخروج عن الأرض المغصوبة ووجوبه هم الذين يقولون باجتماعهما في واحدٍ شخصي، وهم على ما ذكر أسماءهم المحقّق القمّي في القوانين من غير الأصحاب أكثر الأشاعرة، ومن الأصحاب: الفضل بن شاذان، والكليني، والسيّد المرتضى في الذريعة، والمحقّق الأردبيلي، وسلطان العلماء، والمحقّق آقا حسين الخونساري، وابنه المحقّق جمال‌الدين، والفاضل الشيرواني، والفاضل الكاشاني، والسيّد صدرالدين، بل قال في القوانين: انتصر لهذا المذهب جماعة من أفاضل المعاصرين فراجع القوانين: ج ١ ص ١٤٠.

فإن تعذّر دفع الغاصب البدل ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، فإن عاد (عادت ـ خ ل) فلكلٍّ منهما الرجوع.

ذو المقدّمة، وهو معنى قوله تعالى: ﴿ربّنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به﴾[1] أي لا تخل بين أنفسنا وسوء اختيارها حتّى تكون نحن السبب في تكليفنا ما لا يطاق، وإلّا فإنّه جلّ شأنه لا يكلّف نفساً إلّا وسعها[2]. لكن نصّ المصنّف والمحقّق الثاني في أوّل الفصل الثالث أنّه فيما نحن فيه يزول التحريم لمكان الوجوب كما يأتي[3]، وهما ممّن يختار قبول توبة المرتدّ الفطري، والمقام محلّ إشكال.

قوله: ﴿فإن تعذّر دفع الغاصب البدل ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة﴾ قد تقدّم الكلام[4] في ذلك كلّه مسبغاً محرّراً عند قوله «ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة».

قوله: ﴿فإن عاد فلكلٍّ منهما الرجوع﴾ هذا أيضاً قد تقدّم الكلام[5] فيه. ومعنى الرجوع لكلٍّ منهما بقرينة ما بعده أنّ الغاصب يدفعها إلى المالك فيرجع بها ويقبلها، ولا يخفى ما في إطلاق الرجوع على دفع الغاصب، والمتبادر من العبارة أنّ لكلٍّ منهما الرجوع في العين والبدل لكنّه بعيد، لأنّه سيذكر حكم البدل ويستشكل فيه باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب، وهو ينافي جزمه هنا بذلك، ويبعد جمع الجزم والتردّد في مسألة واحدة بغير فاصلة بل يقبح، كذا قال في «جامع المقاصد[6]». وقد يقال: إنّه إنّما بيّن هنا أنّه يجوز للغاصب أن يرجع بالبدل

---

(١) البقرة: ٢٨٦.

(٢) اقتباس من الآية ١٥٢ من سورة الأنعام و٤٢ من سورة الأعراف.

(٣) سيأتي في ص ٣٠٠.

(٤ و٥) تقدّم في ص ١٨٤ ـ ١٨٨.

(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

وهل يُجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال،

وللمالك أن يرجع بالعين ردّاً على أبي حنيفة كما تقدّم بيانه[١]، فموضع الجزم الجواز وموضع التردّد وجوب الدفع على المالك.

قوله: ﴿وهل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال﴾ قد جزم في مسألة إباق العبد بالترادّ وتردّد في أنّ للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل، وهنا استشكل في إجبار المالك على إعادة البدل من ثبوت ملكه والأصل بقاؤه. واستدلّ ولده أيضاً بأنّه لو كان بحيث يجبر على ردّه لكان نقصاً في البدلية، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه، وبأنّ الإجبار ينافي البدلية، إذ ما لا يستقرّ عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلاً قهريّاً شرعاً لما استقرّ عليه الملك، ومن أنّه للحيلولة وقد زالت[٢].

وفي «جامع المقاصد» لا وجه لعدم الردّ أصلاً[٣]. قلت: لأنّ هذا الملك ثبت متزلزلاً كما بيّناه فيما سلف[٤] لدفع المظلمة على طريق القهر لمكان الحيلولة وقد زالت وإن قلنا: إنّه ثبت على جهة البدلية وما كان ليكون لأنّك قد سمعت فيما سلف[٥] تصريح الأجلّاء الكبار بأنّه لمكان الحيلولة وأنّ الظاهر منهم الإجماع. قلنا: إذا استحقّ المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه، لامتناع زوال البدلية وعدم رجوع كلّ من البدل والمبدل إلى مالكه، وإذا لم يكن ثبوته على جهة البدلية سقط دليلا «الإيضاح» على أنّه فيما كتب على «حاشيته» أنّه إن خرج عن ملك المغصوب منه لم يعد إجماعاً، فلا مانع حينئذٍ من رغبة المعاملين فيه.

---

(١) تقدّم في ص ١٨٦.

(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨١.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٢.

(٤ و٥) تقدّما في ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

لا على ردّ النماء المنفصل، وعلى الغاصب الأُجرة ـ إن كان ذا أُجرة ـ من حين الغصب إلى حين دفع البدل، والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك، وكذا المتّصل فيضمنه الغاصب لو زال، وكذا المتّصل والمنفصل على إشكال إذا تجدّد بعد دفع البدل،

هذا وظاهر المصنّف وولده[1] أنّه لا يجبر على البدل ولا على غرامة مثله أو قيمته، وقد يكون مرادهما أنّه لا يجبر على ردّ عينه فقط. فليتأمّل فيه.

قوله: ﴿لا على ردّ النماء المنفصل﴾ كما صرّح به كلّ من تعرّض له كما تقدّم[2]، ووجهه ظاهر، لأنّه نماء ملك المالك، لأنّه في وقت النماء كان مالكاً للعين بخلاف المتّصل، فيجب ردّه مع العين من دون أخذ قيمته، لأنّه جزء من العين.

قوله: ﴿وعلى الغاصب الأُجرة ـ إن كان ذا أُجرة ـ من حين الغصب إلى حين دفع البدل﴾ قد تقدّم الكلام فيه مسبغاً محرّراً في آخر الركن الثاني[3].

[في أنّ نماء العين المغصوبة للمالك]

قوله: ﴿والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك﴾ أي بين الغصب وبين دفع البدل وهو ممّا لاريب فيه.

قوله: ﴿وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال﴾ لاريب فيه أيضاً، لأنّه نماء ملك المالك كما في «جامع المقاصد[4]».

قوله: ﴿وكـذا المتّصل والمنفصل على إشكال إذا تجدّد بعد دفع

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨١.
(٢) تقدّم في ص ١٨٤ ـ ١٨٨.
(٣) تقدّم في ص ١٦٤ ـ ١٧٠.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٣.

ويضمن الأُجرة وإن لم ينتفع بأُجرة المثل

البدل﴾ ينشأ من أنّه لم يدخل تحت يده الّتي هي سبب الضمان، لأنّه قد تجدّد بعد دفع القيمة وبراءته من العين فأولى بأن يبرأ من النماء، ومن أنّه سبب تلفه على المالك وأنّه لو كان في يد الغاصب لضمنه، وكلّ ما يضمنه الغاصب باليد يضمنه إذا خرج المغصوب من يده لا إلى المالك أو من يقوم مقامه، وأنّ الدفع إنّما كان للحيلولة وهو لا يقتضي البراءة، والأصحّ استحقاق الرجوع به أيضاً على الغاصب استصحاباً لما كان إلى أن يعلم المزيل كما في «جامع المقاصد[1]» ولا ترجيح في «الإيضاح[2]» ولعلّه لأنّه يرى كما هو الظاهر منه أنّ الدفع ليس للحيلولة كما مرّ. ولا ترجيح أيضاً في «التذكرة» كما تقدّم الكلام[3] فيه عند التعرّض للأُجرة بعد الدفع.

قوله: ﴿ويضمن الأُجرة وإن لم ينتفع بأُجرة المثل﴾ هذا قد تقدّم الكلام[4] فيه عند قوله: والمنافع المباحة مضمونة وأنّه مجمع عليه ولا خلاف فيه. والجارّ متعلّق بـ«يضمن».

وليعلم أنّه لو كانت الأُجرة في مدّة الغصب متفاوتة كأن كانت أُجرة مثله حال الغصب تساوي عشرة مدّة شهر، ثمّ صارت في شهر آخر تساوي خمسة عشر، وفي الثالث عشرين، ضمن أُجرة الشهر الأوّل عشرة، والثاني خمسة عشر، والثالث عشرين. واحتمل أن يضمن في كلّ وقت من أوقات المدّة بأُجرة مثلها في أوّل المدّة، فإن كانت في الأوّل أقلّ ضمنها بالأقلّ، وإن كانت فيه أكثر ضمنها

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٣.

(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨١.

(٣) تقدّم في ص ١٨٤ ـ ١٩١.

(٤) تقدّم في ص ١٥٦ ـ ١٥٩.

عن عملٍ مطلق مدّةالغصب، ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد،وإن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق.

بالأكثر، لأنّه لو كان المال في يده لأمكن أن يكريه بها في جميع المدّة، والمعتمد الأوّل، كما في «التذكرة[١]».

قوله: ﴿عن عملٍ مطلق مدّة الغصب﴾ يريد أنّه يضمن أُجرة المثل عن عملٍ متوسّط بين القلّة والكثرة، فمعنى المطلق المتوسّط الّذي لايكون مقيّداً بقيد القلّة والكثرة. وفي «جامع المقاصد» أنّ في فهم المتوسّط من المطلق خفاء إلّا أنّ ما سيذكره في العبارة يرشد إلى ذلك[٢]. قلت: قد عبّر في «الدروس» عن القيمة المتوسّطة بالمطلقة[٣]. ووجه ضمانه ما عرفته فيما سلف من أنّ المتوسّط هو الغالب، فإنّ إدآب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر كما أنّ الرضا بالتراخي أيضاً نادر، وقد تقدّم[٤] أيضاً وجه الفرق بين المنافع والعمل حيث وجب في الأُولى أعلاها، كما تقدّم[٥] أيضاً وفي العمل أُجرة الأوسط من أنّه لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها فإنّ كلّاً منهما ممكّن منه على حدٍّ سواء بخلاف العمل، فإنّ في مراتبه تفاوتاً. وبه صرّح في «جامع المقاصد[٦]».

قوله: ﴿ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد، وإن انتفع بالأنقص ضمن أُجرة المطلق﴾ كما في «جامع المقاصد[٧]» وقال في «الدروس»: ولو استعمله بما له أُجرة زائدة عن أُجرة المثل المطلقة لزمه الزائد[٨]. ولم يتعرّض لما إذا انتفع

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في ضمان المثلي ج ٢ ص ٣٨٥ س ٢٤ ـ ٢٦.

(٢ و٦ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٤.

(٣ و٨) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المثلي ج ٣ ص ١١٢.

(٤ و٥) تقدّما في ص ١٥٨ ـ ١٥٩.

ولو جنى العبد المغصوب فقُتل قصاصاً فعلى الغاصب أعلى القيم.

بالأنقص، ولعلّه يفهم من كلامه. ووجه ضمانه أُجرة المطلق حينئذٍ أنّ الزائد على الأنقص قد فات وهو محسوب على الغاصب. والوجه في الأوّل ظاهر، لأنّه قد استوفى الأزيد فيجب بدله.

[فيما لو جنى العبد المغصوب]

قوله: ﴿ولو جنى العبد المغصوب فقُتل قصاصاً فعلى الغاصب أعلى القيم﴾ كونه مضموناً على الغاصب بالقيمة ممّا لاريب فيه. وبه صرّح في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]» وأمّا كون القيمة المضمونة أعلى القيم أو قيمة يوم التلف فكلام آخر، وكلٌّ يبني على ما يختار، فالمصنّف بنى على وجوب أعلى القيم. ووجه ضمانه على الغاصب سواء فرّط فيه أم لا أنّه مضمون عليه في حال الجناية بجملته وأبعاضه فيضمن ما يحدث عليه بسببها.

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٨ س ٢٥.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٤.
(٧) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٥.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٣.

ولو جنى على الطرف فاقتصّ منه ضمن الغاصب الأرش ـ وهو ما ينقص من العبد بذلك ـ دون أرش اليد، لأنّها ذهبت بسببٍ غير مضمون،

قوله: ﴿ولو جنى على الطرف فاقتصّ منه ضمن الغاصب الأرش ـ وهو ما ينقص من العبد بذلك ـ دون أرش اليد، لأنّها ذهبت بسببٍ غير مضمون﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1] والتحرير[2]» وهو معنى قوله في موضع آخر من «التذكرة» غرم بدله كما لو سقط بآفة[3] وقوله في «الدروس» على الغاصب ضمان الفائت بالجناية[4]. ولم يذكر في التذكرة في ذلك احتمالاً ولا خلافاً حتّى من العامّة. وفي «الشرائع[5]» الاقتصار على ذِكر ضمان الأرش، والظاهر إرادة أرش ما ينقص من العبد، لأنّه المتبادر، فتدبّر.

والوجه في ضمانه ما ينقص من قيمة العبد قليلاً أو كثيراً وأنّه لا يتحتّم ضمان أرش اليد ولا أكثر الأمرين أنّ قطعها بحقّ وجب شرعاً وهو القصاص فلا تضمن كما لو سقطت بآفة سماوية، لكن الغاصب يضمن نقص المالية باليد، زاد عن مقدّر الطرف أو نقص. وضعّفه في «جامع المقاصد» بأنّ الجناية في يده فهي مضمونة عليه، ولا منافاة في ضمان الغاصب لما يستحقّه المجنيّ عليه بسبب الجناية[6]، لأنّه قد تلف ملكه في يده لا بحقّ سبق عليه.

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الاجزاء ج ٢ ص ٣٨٩ و٣٨٨ س ٢٦ـ ٢٧.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.
(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٥.

ويحتمل أرش اليد، أكثر الأمرين. وكذا لو اقتصّ منه بعد ردّه إلى السيّد. وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقُتل في يد المالك فإنّه يضمن القيمة.

قوله: ﴿ويحتمل أرش اليد﴾ لأنّه المقدّر وهو مضمون، لأنّ يد الغاصب في الضمان كالجناية باليد.

قوله: ﴿أكثر الأمرين﴾ أي من نقصان القيمة والأرش، هذا هو الأصحّ كما في «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]» لأنّ المقدّر إن كان أكثر فلابحث، وإن كان الأرش أكثر فلأنّه مال حصل في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال كما تقدّم في أوّل الباب[3]. ويؤيّده أنّ فيه إعمالاً للدليلين ـ أعني النصّ على وجوب المقدّر وضمان الغاصب لما يذهب من المالية في يده ـ إذ لا فرق بين جنايته والجناية في يده كما في «جامع المقاصد» قال: والعجب أنّ المصنّف أسلف فيما تقدّم وجوب أكثر الأمرين وخالف هنا والفرق غير ظاهر[4]. قلت: هذا يرد على «الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس» وقد يمكن الفرق بأنّ ما نحن فيه لا تقصير له فيه من حيث الجناية فالشأن فيه كما لو سقطت بآفة من الله سبحانه وتعالى.

قوله: ﴿وكذا لو اقتصّ منه بعد ردّه إلى السيّد﴾ أي تجري فيه الاحتمالات السابقة، إذ لا فرق بين استيفاء حقّ الجناية منه بعد ردّه وقبله إذا كان السبب حاصلاً وقت الغصب.

[فيما لو ارتدّ العبد المغصوب]

قوله: ﴿وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقُتل في يد المالك فإنّه

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨١.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٥.

(٣) تقدّم في ص ١١٤ ـ ١١٨.

ولو غصبه مرتدّاً أو سارقاً فقُتل أو قُطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر.

يضمن القيمة﴾ لما عرفت[1] من حصول السبب في يده ووجوده كوجود المسبّب، ولا تجيء فيه الاحتمالات السابقة، لعدم جريانها. وقوله «فإنّه يضمن القيمة» يقتضي أن لايكون التشبيه في ذلك الحكم بل في أصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدّر.

[فيما لو غصب العبد مرتدّاً أو سارقاً أو بالعكس]

قوله: ﴿ولو غصبه مرتدّاً أو سارقاً فقُتل أو قُطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر﴾ قال في «التذكرة»: الوجه أنّه يضمن قيمة عبد مستحقّ للقتل أو القطع[2]. وفي «جامع المقاصد» أنّه التحقيق والأصحّ[3]. وفي «المسالك» أنّه الأقوى[4]. قلت: لعلّ الأشبه بالأصول والنظائر والاعتبار عدم الضمان في المرتدّ كما ستسمع[5].

ووجه النظر في كلام المصنّف ينشأ من وجود السبب فكان كوجود المسبّب وأنّه لا يضمن بالجناية فلا يضمن باليد وأنّ إزالة ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا تضمن إزالة يده، ومن أنّه تجدّد في يد الغاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيّد الوقوع، فإذا تجدّد في يد الغاصب الّتي قد حكمنا بأنّها يد ضمان وجب أن يكون مضموناً.

---

(١) تقدّم آنفاً.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٨ س ٢٨.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٦.

(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٦. (٥) سيأتي في ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

وقال: في «الإيضاح[١]»: والتحقيق أنّ الردّة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب، لأنّه في حكم الميّت، وإن كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل وسببه الردّة وهي من باب الاعتقاد، وقد اختلف المتكلّمون في بقائه، فمن منع منه يكون قد تجدّد القتل وسببه في ملكه فيضمنه، لأنّ الاعتقاد الحاصل في يد السيّد عدم ولم يقتل به وهذا الآن موجود وهو صالح للعلّية، ومَن قال ببقائه فالإشكال كما تقدّم، انتهى. وفي «جامع المقاصد»: أنّ الظاهر أنّه لا فرق بين الردّة الفطرية وغيرها، لأنّه لا يخرج بها عن كونه مملوكاً ولجواز بيعه حينئذٍ، ومن الجائز أن لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل[٢].

قلت: لعلّه بناءً على ما يختاره والده في باب القصاص من أنّه يحلّ قتله لكلّ سامع[٣] مع الأمن وأنّه ليس من وظائف السلطان لكنّه إنّما يتأتّى في الردّة بالسبب، وقد كنّا رجّحنا في باب المكاسب[٤] والعيوب[٥] والمواريث[٦] والحدود[٧] أنّ المرتدّ الفطري خارج عن المالية خصوصاً إذا كان الارتداد بالسبب. نعم بناؤه الحكم على أنّ الاعتقاد باقٍ أم لا غير ظاهر، لأنّ ثبوت القتل قد سبق بصدور الاعتقاد الفاسد ولم نظفر بما يزيله، والاعتقاد المتجدّد بناءً على عدم بقائه ليس هو السبب بالقتل، بل السبب ما مضى، فلم يتمّ ما ذكره كما في «جامع المقاصد[٨]».

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٨٢.

(٢ و٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٦.

(٣) قواعد الأحكام: في الحدود في أحكام المرتد ج ٣ ص ٥٧٤.

(٤) تقدّم في ج ١٢ ص ٣٩.

(٥) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠.

(٦) سيأتي في باب المواريث ج٨ ص ٣٥ ـ ٣٦ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثاني والعشرين.

(٧) سيأتي في التعليقات على باب القصاص ج ١٠ ص ٢٠ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائدٌ عليه،

قوله: ﴿فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائدٌ عليه﴾ أي إن منعنا ضمان الغاصب بأن قلنا: إنّه لا يضمن القيمة في المرتدّ ولاالمقدّر في الطرف في السارق فإنّا لا نمنع ضمانه النقص الزائد عن المقدّر كأن كان الناقص من القيمة أزيد من المقدّر في الطرف ومن دية الحرّ في النفس كما فهمه ولده[١] والمحقّق الثاني[٢]، وقصره ابن أُخته[٣] والشهيد[٤] على القطع في السرقة، لأنّ إطلاق المقدّر على دية الحرّ خلاف الظاهر وإن كان يتأتّى في الارتداد كأن تكون قيمته ألفي دينار، فإنّ الغاصب على مختار المصنّف يضمن ألفاً.

واستدلّ على ذلك في «الإيضاح» وعلى ضمانه المنافع بأنّه استقرّ ملك المالك على ذلك في علم الله سبحانه ويد الغاصب عادية، وقال: إنّه الحقّ[٥]، ومعناه أنّ المستحقّ للقاطع هو ما قابل مقدار اليد وهو نصف قيمته كأن كانت قيمته مائة وما نقص من القيمة فوق ذلك حتّى صار يساوي عشرين مثلاً يؤخذ من الغاصب ثلاثون، لكن فيه: أنّ مؤاخذة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلّق الأصل مضموناً في الجملة، كما لو جنى عليه الأجنبي في يد الغاصب، أمّا مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء أصلاً كما في «جامع المقاصد» قال: فلو منعنا الضمان لم يجب شيء أصلاً[٦]. وممّا ذكرناه في بيان معنى دليل الإيضاح يُعرف حال ما استدلّ به في «جامع المقاصد[٧]».

(١ و٥) إيضاح الفوائد: في الغصب و توابعه ج ٢ ص ١٨٢.
(٢ و٦ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٧.
(٣) كنز الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ١ ص ٦٦٥.
(٤) لم نعثر عليه في كتب الشهيد الموجودة لدينا، وإنّما نقله عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٧.

وكذا الإشكال لو انعكس. ولو ارتدّ في يده ثمّ مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرش خاصّة.

قوله: ﴿وكذا الإشكال لو انعكس﴾ أي ارتدّ أو سرق في يد الغاصب فقُتل أو قُطع في يد المالك فمنشأ الإشكال هنا عكس منشأ الإشكال هناك في بعض وجوهه. وقال في «الإيضاح»: إن قلنا ثمّة بعدم ضمانه قلنا هنا بضمانه، وإن قلنا ثمّة بضمانه قلنا هنا بعدم ضمان القيمة، لكن يضمن الأرش بين كونه مستحقّاً وغيره انتهى[1]. ووجهه أنّ المفروض أنّ تلفه في يد المالك غير مضمون على الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه، لأنّ وصول العين إلى المالك موجب لبراءته منها كما يأتي فيما إذا ارتدّ في يده ومات في يد المالك. وهذا رجوع من المصنّف عن جزمه السابق في قوله «وكذا لو اقتصّ منه بعد ردّه إلى السيّد، وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقُتل في يد المالك فإنّه يضمن القيمة».

وقد يحمل العكس على زيادة المقدّر على نقص القيمة. وهو غلط فاحش، كما في «جامع المقاصد[2]» فإنّه لا إشكال في أنّ ما قابل المقدّر غير مضمون على تقدير عدم تضمين الغاصب ما حدث في يد السيّد فإذا لم يكن النقص بقدر المقدّر لم يعقل ضمان أصلاً، لأنّ ذلك المقدّر مستحقّ في يد السيّد. وكيف كان، فالأصحّ الضمان كما في «جامع المقاصد» لأنّ سبب القتل والقطع في يد الغاصب وهو مضمون عليه فهو بمنزلة الجناية الّتي تسري في يد المالك[3].

قوله: ﴿ولو ارتدّ في يده ثمّ مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرش خاصّة﴾ كما في «جامع المقاصد[4]» ووجّهه بأنّ القيمة قد نقصت

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٨٢.

(٢ ـ ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

بالارتداد، لأنّه قد صار عرضة للقتل، ولأنّ تلفه هذا لم يكن مسبّباً عمّا حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه، لأنّ أداء العين إلى المالك موجب لبراءته منها، وتضمينه ما يتجدّد بسبب ما حدث في يده موقوف على تجدّده، وهو منتفٍ مع الموت، انتهى. وهو يتمّ في الملّي، وأمّا الفطري فيضمن قيمته تامّة على المختار، قال: وليس ببعيد إلحاق ما لو مرض في يد الغاصب ثمّ برئ بهذا في وجوب الأرش لتحقّق النقص بحدوث عيب المرض المرجوّ الزوال فيقوّم صحيحاً ومريضاً بذلك المرض على حسب خطره وعدمه. قال: والمصنّف في التذكرة صرّح بعدم وجوب الأرش هنا، وهو مشكل. ثمّ قال: سيأتي أنّه إذا اتّفق المتجدّد والتالف من الصفات في الجنس ينجبر الذاهب بالمتجدّد، فيمكن ردّ هذا الحكم المذكور هنا إليه لأنّ الصحّة عادت وزال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي وإن مات، لكن لو عاد إلى الإسلام ولم تكن ردّته فطريّة يجيء فيه. هذا[1].

قلت: المرض إن قضى بضعف وهزال كما هو الغالب لم يتّجه كلامه فيما احتمله حيث قال: فيمكن ... إلى آخره، ولا كلام التذكرة، لأنّ السمن الثاني والصحّة الثانية غير السمن الأوّل والصحّة الاُولى، لأنّهما قد عدما، ومن المستحيل إعادة المعدوم، وهو في السمن واضح، لأنّه عين محسوسة وقد تلفت فيضمنها الغاصب، وإنّما يتأتّى الانجبار فيما إذا كان صاحب صنعة فنسيها ثمّ تذكّرها أو تعلّمها أو كان على عينه بياض فزال ونحو ذلك. وسيعترف بذلك عند شرح قوله «ولا يجبر المتجدّد»[2]. وكلام «التذكرة[3]» في هذا الفرع لا يخلو عن اضطراب. وأمّا وصف الارتداد فيعرف حاله ممّا حكيناه عن «الإيضاح» فيما مرّ[4]. والظاهر أنّه كنسيان الصنعة.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩.
(٢) سيأتي في ص ٢٥٠.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٨ س ٤ وما بعده.
(٤) تقدّم في ص ٢٢٢.

وكذا لو اشترى مرتدّاً أو سارقاً فقُتل أو قُطع في يد المشتري، ففي كونه من ضمان البائع نظر.

قوله: ﴿وكذا لو اشترى مرتدّاً أو سارقاً فقُتل أو قُطع في يد المشتري، ففي كونه من ضمان البائع نظر﴾ قال في «الإيضاح»: تقرير النظر ما مرّ[1]، وبيّنه في «جامع المقاصد» بأنّه ينشأ من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضموناً على البائع، ومن استناده إلى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه. وقال: والتحقيق أنّ هذا النظر ليس بشيء، لأنّه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا إشكال في أنّه لا يستحقّ شيئاً على البائع، لأنّ علم المشتري بالعيب يسقط خياره واستحقاقه الأرش، وإن كان مع جهله بالحال فلا إشكال في الاستحقاق. ثمّ ما الّذي يستحقّه؟ ظاهر كلام المصنّف هنا أنّ البائع يضمن ما يضمنه الغاصب، وهو مشكل، لأنّه إنّما يستحقّ بالعيب أرش العيب خاصّة، وإن حدث به هلاكه، كما لو اشتراه مريضاً وهو جاهل بالمرض فمات به، فإنّ البائع إنّما يضمن ما كان في يده لا ما تجدّد في يد المشتري، والموت والقطع متجدّدان[2]، انتهى كلامه برمّته. ونحن نقول: لا ريب في أنّ المسألة مفروضة فيما إذا جهل المشتري بالحال وكان بعد القبض وانقضاء الخيار.

وقد أشار بقوله «في كونه من ضمان البائع نظر» إلى قول الشيخ في «المبسوط[3]» وغيره[4] من أنّه يرجع بجميع الثمن، لأنّه من ضمان البائع، لأنّ التلف حصل بسبب كان في يده، فأشبه ما لو باع مغصوباً فأخذه المستحقّ، فحينئذٍ يرجع المشتري عليه بجميع الثمن كما بيّنّاه في باب العيب[5]، ونبّهنا هناك على كلام المصنّف هنا. فرجع حاصل كلامه هنا إلى أنّ في كلام الشيخ نظراً بل الأولى أنّ

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٩.

(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨ و ٧١.

(٤) كالخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٠ مسألة ٢٣.

(٥) تقدّم في ص ١٢٤ في أحكام العيب وقد تقدّم في ج ١٤ ص ٤٠٤ ـ ٤٢٥ ماله نفع.

ولو طلب الوليّ الدية في النفس أو المجنيّ عليه في الطرف لزم الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجناية،

للمشتري الأرش ـ وهو نسبة ما بين قيمته صحيحاً مستحقّاً للقتل وغير مستحقّ من الثمن ـ كما نصّ عليه في بيع «الكتاب[1] والتذكرة[2] ونهاية الإحكام[3]» وهذا كلّه إذا قلنا إنّ المرتدّ الفطري غير خارج عن المالية.

[فيما لو طلب وليّ الدم الدية من الغاصب]

قوله: ﴿ولو طلب الوليّ الدية في النفس أو المجنيّ عليه في الطرف لزم الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجناية﴾ كما في «الشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والدروس[8] وجامع المقاصد[9] ومجمع البرهان[10]». وفي «المسالك[11]» أنّه الأشهر. قلت: لكنّا لم نجد الخلاف ولا حكايته إلّا عن بعض الشافعية في «التذكرة[12] وجامع المقاصد[13]».

وإطلاق كلامهم في الكتب المذكورة يقضي بعدم الفرق بين عفو الوليّ على

---

(١) قواعد الأحكام: في البيع في أحكام العيب ج ٢ ص ٧٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: البيع في العوضين ج ١٠ ص ٤٥ وفي بيع الحيوان ص ٣٤٢.
(٣) نهاية الإحكام: البيع في القدرة على التسليم ج ٢ ص ٤٨٦.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٥ و١٢) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٨ س ٣١ ـ ٣٣.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٨) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.
(٩ و١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤.
(١١) مسالك الأفهام: في اللواحق من أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٥.

فإن زادت جناية العبد على قيمته ثمّ مات فعلى الغاصب قيمته تُدفع إلى السيّد، فإذا أخذها السيّد تعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها الوليّ من السيّد فللسيّد الرجوع على الغاصب بقيمة اُخرى لاستحقاق المدفوعة أوّلاً بسببٍ في يده فضمنها.

مال مطلقاً وبين عفوه على أرش الجناية وعدم رضاه بدونه حيث يزيد عن القيمة، بل كاد يكون كلامهم كالصريح في ذلك. ووجهه أنّ الأقلّ هو الّذي يستحقّه المجنيّ عليه أو وليّه، لأنّ الدية إن كانت أقلّ فظاهر، وإن كانت القيمة أقلّ فإنّ الجاني لا يجني على أكثر من نفسه، ولافرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجناية عمداً أو خطأً، لأنّ النقص بحدوث الجناية من العبد قد حصل في يد الغاصب فيضمنه ويجب عليه فكّه بالفداء، لأنّه يجب عليه تحصيله وردّه إلى المالك وجميع ما يتوقّف عليه ذلك من باب المقدّمة.

ومنه يظهر وجه احتمال فكّه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، لأنّ الواجب في العمد القصاص، فإذا رضي المجنيّ عليه أو وليّه بالمال مع قدرة الغاصب عليه يكون مقدّمة لوجوب ردّه إلى مالكه كما يجب عليه مؤونة ردّه وإن زادت على قيمته في غير الجناية، فكذا فيها لاشتراكهما في المقتضي، وهو قويّ جدّاً إذا لم يكن إجحاف ولا ضرر عظيم، لكن لا قائل به وإنّما احتمله المحقّق الثاني [1]، وكأنّه مال إليه الشهيد الثاني [2] أو هو متوقّف.

[فيما لو زادت جناية العبد على قيمته]

قوله: ﴿فإن زادت جناية العبد على قيمته ثمّ مات فعلى الغاصب

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٠.

(٢) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٥.

قيمته تُدفع إلى السيّد، فإذا أخذها السيّد تعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها الوليّ من السيّد فللسيّد الرجوع على الغاصب بقيمة أُخرى لاستحقاق المدفوعة أوّلاً بسببٍ في يده فضمنها﴾ كما نصّ على ذلك كلّه في «التحرير[1]» وكذا «جامع المقاصد[2]» وهو خلاصة ما في «التذكرة[3] والمسالك[4]» ومعنى «زادت» استوعبت، إذ لافرق بين أن تساوي أو تزيد في الرجوع بقيمة أُخرى وأمّا إذا أنقصت فإنه لا يرجع إلّا بالنقصان خاصةً كما ستسمع[5].

قال: في «التذكرة» إذا ثبت أنّ الجاني والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو إمّا أن يتلف العبد في يد الغاصب أو يردّه، فإن تلف في يده فللمالك مطالبته بأقصى القيم، فإذا أخذها فللمجنيّ عليه أن يغرم الغاصب وأن يتعلّق بالقيمة الّتي أخذها المالك، لأنّ حقّه كان متعلّقاً بالرقبة فيتعلّق ببدلها كالعين المرهونة إذا أتلفها متلف فإنّ المرتهن يتوثّق ببدلها. ثمّ إنّه احتمل اختصاص المالك بما أخذ والمجنيّ عليه يطالب الغاصب، كما أنّ المجنيّ عليه لو أخذ أرش الجناية لم يكن للمالك التعلّق به، فهما كرجلين لكلّ واحدٍ منهما دَين على ثالث. ونفى عنه البأس، وقال: لكنّ المشهور عند الشافعية الأوّل، فعلى القول الأوّل لو أخذ المجنيّ عليه حقّه من تلك القيمة رجع المالك بما أخذه على الغاصب، لأنّه لم يسلم له بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب. ثمّ الّذي يأخذه المجنيّ عليه قد يكون كلّ القيمة كأن كان الأرش بقدرها، وقد يكون بعضها بأن كانت القيمة مثلاً ألفاً والأرش خمسمائة، فإذا أخذ المجنيّ عليه الأرش رجع المالك به خاصة، لأنّ الباقي قد سلّم له، وكذا

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٣.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٨ س ٣٦.

(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

(٥) سيأتي في ص ٢٤١ ـ ٢٤٣.

ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثمّ قتله المودع فعليه قيمته يتعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها الوليّ لم تجب قيمة اُخرى على المستودع، لأنّه جنى وهو غير مضمون عليه.

لوكان العبد يساوي ألفاً فرجع بانتقاص السوق إلى خمسمائة ثمّ جنى ومات عند الغاصب وأوجبنا للمالك أقصى القيم، فليس للمجنيّ عليه إلّا خمسمائة، وإن كان أرش الجناية ألفاً ليس عليه إلّا قدر قيمته يوم الجناية، وأمّا إذا ردّه إلى المالك فلا يخلو إمّا أن يردّه بعد ما عزم للمجني عليه أو قبله، فإن ردّه بعد العزم برئ، وإن ردّه قبله فباع ـ أي الوليّ أو المجنيّ عليه ـ العبد في الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه، لأنّ الجناية حصلت حين كان العبد مضموناً عليه [1].

قوله: ﴿ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثمّ قتله المودع فعليه قيمته يتعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها الوليّ لم تجب قيمة اُخرى على المستودع، لأنّه جنى وهو غير مضمون عليه﴾ كما في «التذكرة [2] والتحرير [3] وجامع المقاصد [4]» لأنّه حين جنايته كان وديعة وجنايته محسوبة على المالك، لأنّ المفروض عدم التفريط من المستودع، فالواجب عليه إنّما هو عوض قتله وإطلاق أخذ الوليّ لها في الكتب الثلاثة يتناول ما إذا أخذها من يد المولى وما إذا أخذها من يد المستودع. وقد سها القلم في «جامع المقاصد» فأثبت الغاصب مكان المستودع في ثلاث نسخ.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩ س ٣٦ وما بعده.

(٢) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ٢٩ ـ ٣٠.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٣.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨١.

ولو جنى في يد سيّده بالمستوعب ثمّ غصب فجنى أُخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأوّل بيع فيهما، ويرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما، لأنّ الجناية وقعت في يده وكان للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه دون الثاني، لأنّ الّذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنيّ عليه ثانياً فلا يتعلّق به حقّه.

قوله: ﴿ولو جنى في يد سيّده بالمستوعب ثمّ غصب فجنى أُخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأوّل بيع فيهما، ويرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما، لأنّ الجناية وقعت في يده وكان للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه دون الثاني، لأنّ الّذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنيّ عليه ثانياً فلا يتعلّق به حقّه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» وهو محلّ نظر ومنع.

وبيان الحال في ذلك كله أن يقال: إذا كان لرجل عبد فجنى على حرٍّ أو عبدٍ جنايةً تستوعب قيمته عمداً أو خطأً ثمّ إنّه غصب فجنى أُخرى كذلك في يد الغاصب، فإذا استرقّه المجنيّ عليه أو وليّه أو سيّده حيث لم يرد القصاص في العمد أو لم يفكّه المولى في الخطأ فإنّه يصير ملكه ولا يحتاج إلى حكم الحاكم، كما لعلّه يُفهم من عبارة الكتاب كما هو خيرة ظاهر «الاستبصار[4]» وحينئذٍ فبمجرّد

---

(١) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ٣ وما بعده.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٣.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨١ ـ ٢٨٢.

(٤) الاستبصار: في باب العبد يقتل جماعة أحرار واحداً بعد الآخر ج ٤ ص ٢٧٤ ذيل الحديث ١٠٤٠.

جنايته الثانية عمداً يصير أمره للمجنيّ عليه ثانياً إن شاء استرقّ وإن شاء اقتصّ وإن شاء عفا، وإن كانت خطأً فإن افتكّه المجنيّ عليه أوّلاً فذاك، وإلّا فالمجنيّ عليه ثانياً مخيّر بين استرقاقه وبين بيعه وأخذ قيمته والعفو، فإن لم يكن المجنيّ عليه أوّلاً أو أولياؤه اختاروا شيئاً من ذلك حتّى جنى الجناية الثانية تشارك المجنيّ عليهما أو أولياؤهما فيه، لاشتراكهما في الاستحقاق وعدم الانتقال بمجرّد الجناية الأُولى في العمد كما هو المعروف المشهور. والمخالف إنّما هو الشيخ في «النهاية[1]» قال: يختص بهالثاني استناداً إلى ظاهر خبر عليّ بن عقبة[2]، وهو مع قبوله كعبارة النهاية للتأويل معارض بصحيح زرارة[3] الّذي هو حجّة المشهور، فإن اختارا تملّكه كان بينهما تصفين، ولا يتعيّن البيع كما هو ظاهر العبارة وغيرها، نعم إن اختاراه بيع بهما لهما وقسّمت قيمته بينهما ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما، لأنّ الجناية الثانية وقعت في يد الغاصب فضمانها على الغاصب بخلاف الأُولى لوقوعها في يد السيّد، فللمجنيّ عليه الأوّل أن يأخذه ـ أي يأخذ ما يرجع به المالك على الغاصب وهو ما أخذه المجنيّ عليه الثاني ـ وليس للثاني أخذه. أمّا الأوّل فلأنّ حقّ المجنيّ عليه أوّلاً قد تعلّق بقيمة العبد كلّها لأنّ المفروض أنّ الجناية مستوعبة وقد وجد باقي القيمة فيتعلّق به حقّه كما قاله في «جامع المقاصد[4]». وأمّا الثاني فقد استدلّ عليه في «التذكرة» بثلاثة وجوه، الأوّل: أنّ حقّ الأوّل قد تعلّق بجميع الرقبة وحقّ الثاني تعلّق بالنصف، الثاني: أنّ الّذي يأخذه من الغاصب إنّما هو عوض ما أخذه المجنيّ عليه ثانياً، فلا يتعلّق حقّه به مرّتين، والنصف الآخر من القيمة قد فات بتعلّق حقّ المجنيّ عليه أوّلاً[5]. وهذا هو

---

(١) النهاية: في الديات باب القود بين الرجال والنساء والعبيد والأحرار ... ص ٧٥٢.

(٢ و٣) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب القصاص في النفس ح ٣ و١ ج ١٩ ص ٧٧.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ٥ وما بعده.

الّذي اعتمد عليه فيها. وفي «التحرير[١] وجامع المقاصد[٢]». الثالث: أنّ سبب وجوب هذا النصف إنّما هو الغصب، فإنّه بالغصب ضمن ما يجنيه المغصوب، والغصب متقدّم على الجناية الثانية، فلا يأخذ المجنيّ عليه الثاني ممّا وجب قبل، كما لو جنى العبد على رجل ثمّ قطعت يده ثمّ جنى على آخر فإنّ أرش اليد لا يأخذ منه المجنيّ عليه الثاني شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدّم على الجناية[٣].

ونحن نقول: أمّا الوجه الأوّل فمع كونه لا وجه له أصلاً قد اتّفق أصحابنا على نفيه، لأنّك قد علمت أنّهم على قولين، وإليه يرجع الثاني بالأخرة، بل هو قضية استدلال المحقّق الثاني على الشقّ الأوّل كما سمعت. وقال أيضاً: إنّ الجناية الثانية لكونها مضمونة في حكم المنتفية فينتفي تعلّق حقّه بالقيمة جميعها[٤]. سلّمنا لكنّا نقول: إنّ ما ذكر في توجيهه من تخريجات العامّة[٥]، إذ المجنيّ عليه ثانياً إنّما أخذ ما أخذ لمكان الجناية عليه، كما لو اختارا تملّكه من دون بيع، والّذي أخذه المالك من الغاصب قيمة أُخرى للنصف كما تقدّم[٦] مثله، وإنّما كان لمكان وقوع الجناية منه في يده، فهما أمران غيران وليس أحدهما عوضاً عن نفس الآخر. وماذا يقولون لو جنى عليهما وهو مغصوب أينفرد المالك بالقيمة الثانية ويذهب نصفا دم المسلمين باطلاً مع وجود ما يتعلّق برقبة العبد؟ وما كنّا لنعدل عن إطلاقات أخبارنا الجارية مجرى العموم في الجانبين وفتاوى أصحابنا لأُمور اعتبارية، وليس ذلك من الأفراد النادرة عند التأمّل، سلّمنا لكنّ ذلك إنّما يخدش في إطلاق الأخبار دون الفتاوى. وأمّا الثالث فأوهن شيء، لأنّه لايجب على الغاصب قبل

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٣.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ٧ ـ ٩.

(٥) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٤٢، والشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٠٩.

(٦) تقدّم في ص ٢٢٣ ـ ٢٣٤.

فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسّم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، ويكون للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه.

ولو جنى على سيّده فالضمان على الغاصب كالأجنبي،

جناية العبد شيء، وقد بيّنّا مراراً معنى ضمان الغاصب والمستعير إذا شرط عليه أو كانت العارية من أحد النقدين فكان قياسه على ما ذكر قياساً مع الفارق، وهو أيضاً من تخريجات العامّة [1].

وليعلم أنّ ظاهر العبارة أنّه يجب على المالك الرجوع على الغاصب، ويحتمل العدم، وأنّ للمجنيّ عليه أوّلاً الرجوع ويحتمل العدم.

قوله: ﴿فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسّم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، ويكون للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه﴾ كما في «التذكرة [2] والتحرير [3] وجامع المقاصد [4]» وقال في «التذكرة» أيضاً. وقيل: إنّ المجنيّ عليه الأوّل يطالب الغاصب بتمام القيمة والمجنيّ عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة وأنّ المالك لا يأخذ شيئاً، ونفى عنه البأس [5]. والوجه في الأحكام الثلاثة يعلم ممّا تقدّم.

ولو وهب المجنيّ عليه ثانياً ما أوجبته الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر كما في «جامع المقاصد» قال: ولو وهبه للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به [6].

قوله: ﴿فلو جنى على سيّده فالضمان على الغاصب كالأجنبي﴾

---

(١) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٤٢.

(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ١٢ ـ ١٣.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٣.

(٤ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٣.

كما في «التذكرة[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» إذا كانت الجناية عمداً، لأنّه مضمون عليه فيضمن كلّ نقص دخل عليه في يده، وجنايته على السيّد موجبة لاستحقاق الاقتصاص، فكان السيّد والأجنبي في ذلك سواء.

وأمّا إذا كانت خطأً أو شبه عمد فلا شيء للسيّد على الغاصب، لأنّ الواجب فيهما المال ولا يثبت للسيّد على عبده مال، وثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد كما تقدّم[٤] مثله في الخطأ في الرهن. وفي «الإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦]» أنّه يضمن نقص القيمة في الخطأ إذا حصل، وفسّره في الأخير بما إذا تضمّنت جنايته استطالته على السيّد وقلّة الرغبة فيه، ومرادهما كما صرّح به في الأخير أنّه لا يضمن أرش الجناية. وهذا العيب يجري أيضاً في العمد، فيضمن الغاصب أرشه خارجاً عن أرش الجناية لاختلافهما.

وإن جنى على طرف سيّده فاقتصّ منه السيّد ضمن الغاصب أكثر الأمرين كما في «الإيضاح وجامع المقاصد» كما مرّ[٧] مراراً. وفي «التذكرة[٨]» أنّه يضمن أرش العضو فتأمّل. وفيها[٩] وفي «الإيضاح[١٠] وجامع المقاصد[١١]» أنّه إن عفا على مال ثبت المال على العبد وفداه الغاصب بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي. ووجهه أنّ المال ليس بثابت هنا أصلاً من أوّل الأمر ليمتنع ثبوته على العبد، لاستلزامه وجوب مال للسيّد على عبده، وإنّما هو عوض عن جناية ثابتة مستحقّة على العبد مضمونة على الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها، لأنّ الخيار في

(١ و٨ و٩) تذكرة الفقهاء: في جناية الغصب ج ٢ ص ٣٨٩ س ٢٥ و٢٦.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.

(٣ و٦ و١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٣ و٢٨٤.

(٤) تقدّم في ج ١٥ في اللواحق من الرهن ص ٥٩٢.

(٥ و١٠) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٣.

(٧) تقدّم في ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

على إشكال.
ولو خُصي العبد فعليه كمال القيمة (وردّه ـ خ ل) على رأي،

ذلك للمجنيّ عليه. وفيه نظر واضح، لأنّه قد يقال[1]: إنّه لا يعقل أن يثبت له على ماله مال لا بالأصالة ولا بالتبع.

قوله: ﴿على إشكال﴾ ينشأ ممّا مرّ ومن أنّ المالك هو المباشر للإتلاف، لأنّه إذا سلّمه للمولى فقد مكّنه منه غاية التمكين، ولا يضرّ اقتصاصه بعد ذلك لكون ذلك باختياره ومباشرته، بخلاف ما إذا كانت على الأجنبي، فإنّ الجناية عليه تقضي بزوال الملك أو تفضي إليه، فإذا سلّم العبد للمالك حينئذٍ لم يكن تسليماً تامّاً. وفي «جامع المقاصد» أنّه ليس بشيء، لثبوت الاقتصاص الّذي تركه موجب للضرر على السيّد أو الوارث بسبب حدث في يد الغاصب وهو منقّص للمالية فيستحقّ الرجوع به[2]. وسرى الإشكال في «الإيضاح» إلى الخطأ قال: وفي الخطأ ينشأ من أنّ الغاصب ضامن، ومن أنّه محتمل لما تعلّق برقبته بسبب جنايته، لأنّه غصب رقبة بريئة فيجب أن يردّه كذلك فيضمن ما تعلّق برقبته ولا يثبت للمولى حقّ في رقبة العبد بسبب الجناية[3] والوجه الأوّل لا وجه له، لأنّ الغاصب إنّما يضمن ما يثبت على العبد وأمّا المستحيل فلا.

[فيما لو خصي العبد أو سقطت خصيته]

قوله: ﴿ولو خُصي العبد فعليه كمال القيمة (وردّه ـ خ ل) على رأي﴾ كما هو خيرة «المبسوط[4]» في موضع منه و«السرائر[5]» والشرائع[6]

---

(١) كما في مجمع الفائدة: في أحكام الرهن ج ٩ ص ١٧٣.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٣.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٣.
(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٤.
(٥) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٨.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.

فإن سقط ذلك العضو بآفةٍ فلا شيء، لأنّه تزيد به قيمته،

والتذكرة[١] والتحرير[٢] والإيضاح[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والكفاية[٦]» وفي الأخير: أنّه وفي المشهور، لأنّه جنى جنايةً لها مقدّر هو القيمة، ولا يتوقّف الاستحقاق على دفع العبد بخلاف الجاني لمكان النصّ فيه. وقال في موضعٍ آخر من «المبسوط[٧]» له أخذ القيمة بعد أن يسلّمه أو يصبر مجّاناً لئلّا يجمع بين العوض والمعوّض. وفيه: أنّه عوض الفائت، على أنّه مكلّف بأشقّ الأحوال. وفي بعض النسخ فعليه كمال القيمة وردّه على رأيٍ وهو أصوب، لأنّ الخلاف إنّما هو في الأمرين معاً.

قوله: ﴿فإن سقط ذلك العضو بآفةٍ فلا شيء، لأنّه تزيد به قيمته﴾ كما في «التحرير[٨]» لأنّه لا نقص فلا ضمان، والأقرب وجوب القيمة كما في «التذكرة[٩]». وفي «الإيضاح[١٠]»: أنّه أولى به. وفي «جامع المقاصد[١١]» أنّه أصحّ، لأنّه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية، لأنّ العبد وأجزاءه وصفاته ومنافعه مضمونة عليه، وللعضو التالف هنا مقدّر فيضمنه. فيجب عليه أن يدفع كمال القيمة ويردّه. ويأتي في السِمن المفرط ما له نفع تامّ في المقام.

وفي «جامع المقاصد[١٢]» أنّ الضمير في «أنّه» للشأن. وفيه: أنّه لا حاجة إلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨٠ س ٢٥.

(٢ و٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٤.

(٣ و١٠) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٣ ـ ١٨٤.

(٤ و١١ و١٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٤ و٢٨٥.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٩.

(٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٧.

(٧) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٥٨.

(٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٦ س ٢٨.

على إشكال. وكذا لو نقص السِمن المفرط ولم تنقص القيمة،

ذلك، بل هو راجع إلى العبد والضمير في «به» راجع إلى السقوط، فيصير التقدير أنّ العبد تزيد قيمته بالسقوط.

قوله: ﴿على إشكال﴾ قد عرفت[١] منشأ وجهيه ممّا تقدّم في حجّة كلٍّ من القولين.

[فيما لو نقص السمن المفرط للعبد]

قوله: ﴿وكذا لو نقص السِمن المفرط ولم تنقص القيمة﴾ أي لاشيء فيه كما في «المبسوط[٢] والتذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وفي الأخير: أنّه لا إشكال فيه، لأنّ السِمن ليس له بدل مقدّر، ولا نقص في العين يوجب نقص القيمة، فهو من قبيل ما لا قيمة له بخلاف الاُنثيين فإنّ فيهما مقدّراً. وهذا يتحقّق في سِمن نحو العبد والجارية وما لم يقصد منه اللحم فإنّ سِمنه إذا أفرط وتجاوز الحدّ ربما نقصت قيمته، ولا يجيء هنا الإشكال السابق.

ويبقى الكلام فيما إذا نقص السِمن الغير المفرط من دون أذيّة ولا ألم ولم تنقص به القيمة، والظاهر أنّه يضمن أرشه، لأنّه جزء ذهب من المغصوب فيكون مضموناً. ويعتبر بعبد متى ذهب منه مثل ذلك السِمن نقصت قيمته كما قاله في «المبسوط[٦]» فيما إذا حلق لحية الأمة فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها، فإنّه يعتبرها بعبد متى زالت لحيته نقصت قيمته. وأثبت أبو العبّاس[٧] والشهيد الثاني

---

(١) تقدّم في الصفحة السابقة.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٦ س ٢٨ ـ ٣٠.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٥.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.
(٦) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٥٤.
(٧) المهذّب البارع: في الديات ج ٥ ص ٣٠٦.

وكذا الإصبع الزائدة. ولو مُثّل به لم ينعتق على رأي.

في «الروضة[1]» فيها ـ أي لحية الأمة ـ الحكومة وأناطها أبوالعبّاس بنظر الحاكم كما بيّنّا ذلك في باب الديات[2]. والمصنّف هناك[3] لم يوجب فيها ولا في شعر عانتها إلّا التعزير. وكيف كان، فلعلّهم هنا لا يختلفون في ضمان السِمن الغير المفرط وإن لم تنقص به القيمة، لأنّه جزء ذهب من المغصوب.

قوله: ﴿وكذا الإصبع الزائدة﴾ أي لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها، وليس بصحيح بل الصحيح أنّ فيه الضمان كما في «الشرائع[4] والتذكرة[5] والمسالك[6] والكفاية» وفي الأخير: أنّه المشهور[7]، لأنّ لها مقدّراً وهو ثلث الدية الأصلية كما أطبقوا[8] عليه في باب القصاص ودلّت عليه الأخبار[9]. وفي «جامع المقاصد[10]» أنّه الأصحّ، وليس بجيّد بل هو الصحيح.

[فيما لو مُثّل بالعبد المغصوب]

قوله: ﴿ولو مثّل به لم ينعتق على رأي﴾ موافق «للسرائر[12]

---

(١) الروضة البهية: في الديات ج ١٠ ص ١٩٩.
(٢) سيأتي في باب الديات ج ١٠ ص ٣٨٣ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.
(٣) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٧٠.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤١.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨٠ س ٢٥.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٩.
(٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٧.
(٨) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في ديات الأعضاء ج ٤ ص ٢٦٨، ومنهم الشهيد في اللمعة الدمشقية: في الديات ص ٣٠٤، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في ديات الأعضاء ج ١٤ ص ٢٧٤.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ ج ١٩ ص ٢٦٤.
(١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٥.
(١٢) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ٨ ـ ٩.

والتحرير[١] والتذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] والكفاية[٥]» لأنّ التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النصّ. وخيرة «الخلاف[٦] والمبسوط[٧]» والقاضي فيما حكي[٨] و«الإيضاح[٩]» أنّه ينعتق عليه. وقد استدلّ عليه في الأوّل: بإجماع الفرقة وأخبارهم. ولعلّه أراد بالأخبار ما رواه في «التهذيب» مرسلاً عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: كلّ عبد مثّل به فهو حرّ[١٠] ولا يعارضه ماورد[١١] فيه بتنكيل السيّد بخصوصه. وجعل منشأ الخلاف في «الإيضاح» أنّ العتق هل هو لعدم قبول العبد الملكية حينئذٍ أو لعدم قبول الممثّل المالكية أو عقوبة؟ ثمّ قال: والأوّل أولى[١٢]. وفي «جامع المقاصد» ربما بني القولان على أنّ الانعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد، أو لعقوبة المولى، فعلى الأوّل ينعتق هنا وعلى الثاني لا، وقال: إنّه بناءٌ ضعيف ورجوع في الحكم إلى جهالة[١٣]. قلت: هذا يحكي عن المصنّف في بعض فوائده، ويردّه أيضاً أنّ النصّ غير معلّل، والعلّة المستنبطة ساقطة[١٤]. وتردّد المحقّق في «الشرائع[١٥]» وهو ظاهر الدروس، وأمّا

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨٠ س ٢٥ ـ ٢٦.
(٣ و١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٦.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٧.
(٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٤٦.
(٦) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٣٩٨ مسألة ٦.
(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٢.
(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٤.
(٩ و١٢) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٨٤.
(١٠) تهذيب الأحكام: في العتق وأحكامه ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٨٠١.
(١١) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب العتق ح ٢ ج ١٦ ص ٢٦.
(١٤) حكاه عنه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٩٧.
(١٥) شرائع الإسلام: في العوارض من العتق ج ٣ ص ١١٤.

ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأُولى رُدّ العبد ومساويه.

ولو نقص الزائد ونصف الأصل وأوجبنا الأكثر لزمه المجموع، وإلّا الزائد،

إذا أُقعد أو عمي فإنّه ينعتق ويضمن الغاصب[1].

قوله: ﴿ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأُولى ردّ العبد ومساويه﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» ومعناه أنّه قبل الغصب كان يساوي ألفاً ثمّ زادت قيمته بعد الغصب فساوى ألفين ثمّ قطع الغاصب يده فنقص ألفاً لزمه ردّ العبد ونصف قيمته وهو ألف، وهي قدر قيمته الأُولى، لأنّ زيادة السوق مضمونة مع تلف العين، ويد العبد قد قدّر لها الشارع نصف القيمة.

[فيما لو نقص الزائد من المغصوب]

قوله: ﴿ولو نقص الزائد ونصف الأصل وأوجبنا الأكثر لزمه المجموع، وإلّا الزائد﴾ أي لو نقص بالقطع من قيمة العبد في الفرض المذكور ألف وخمسمائة فصار يساوي خمسمائة، فإن أوجبنا على الغاصب في الجناية على المغصوب أكثر الأمرين من المقدّر والأرش لزمه الألف والخمسمائة كما هو خيرة «التذكرة[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7]» وإن أوجبنا المقدّر خاصّة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط وهو الألف، كما صرّح به أيضاً في الأوّلين[8]، وقال في

---

(١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٤.

(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨٠ س ١٠ و١١ وما بعده.

(٣ و٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٦.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الغصب وفي بيان ضمان تلف ما يحصل تحت اليد ج ٢ ص ٣٨٠ س ١٢، ←

وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع، وإلّا النصف.

الأخير: هذا ظاهر إذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد غيره عمداً، فإنّه على هذا التقدير يجيء فيه عند المصنّف احتمالات ثلاثة قد سبقت. أحدها أرش العبد كائناً ما كان، وعلى هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع أيضاً، فلا يستقيم قول المصنّف «وإلّا الزائد» إذ معناه وإن لم نوجب الأكثر لزمه الزائد فقط، وقد عرفت أنّا قد لا نوجب الأكثر ونلزمه المجموع إذا أوجبنا الأرش، ويندفع هذا عن العبارة إذا قرئ قوله سابقاً «فقطع يده» بالبناء للمعلوم، لأنّ الضمير حينئذٍ يعود إلى الغاصب فلا تندرج في العبارة الصورة المذكورة، إلّا أنّ قوله فيما بعد «وإن نقص الربع ... إلى آخره» ينافيه، لأنّ إيجاب الأرش على ما ذكره إنّما يجيء إذا جنى العبد في يد الغاصب فقُطعت يده بالجناية، لأنّه حينئذٍ يقال: إنّ يده ذهبت بسبب غير مضمون، فيجب أرش العبد لا أرش اليد وإن كان ضعيفاً. وإنّما قلنا: إنّه ينافيه لامتناع اندراج متعلّق هذا الحكم في العبارة حينئذٍ[1]. قلت: نقرأ «قطع» بالبناء للمعلوم، ولا ينافيه قوله فيما بعد «وإن نقص الربع» كما ستسمع.

قوله: ﴿وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع، وإلّا النصف﴾ كما في «التذكرة[2]» وجزم في «التحرير» بالثاني قال: وإن نقص خمسمائة وجب عليه ردّ العبد والألف[3]. قلت: هذا هو الصحيح كما تقدّم[4].

ومعنى عبارتي الكتاب والتذكرة: أنّه لو كان النقص خمسمائة ـ وهو ربع

← وتحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في الأعيان المالية ج ٢ ص ٣٨٠ س ١٢.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣١.

(٤) تقدّم في ص ٢٣١ ـ ٢٣٤.

القيمة ـ فاللازم هو الربع إن أوجبنا أرش العبد كائناً ما كان، أي قليلاً كان أو كثيراً، وإن لم نوجب الأرش تعيّن النصف، لأنّه المقدّر والأكثر. ومن المعلوم أنّه لا يقوم احتمال الأرش قلّ أو كثر إلّا إذا كان القطع بجناية العبد المغصوب على الطرف، وإلّا فإذا كان يجب المقدّر على الجاني فبالأولى أن يجب على الغاصب، فكأنّ المصنّف قال: وإن نقص الربع وأوجبنا الأرش حيث يجب ـ كما إذا كان قد قطع يد عبد فقُطعت يده ـ لزمه الربع وإلّا النصف، فقد أراد أن يبيّن ما إذا قطع الغاصب يده وما إذا قطعها غيره قصاصاً وأطلق هنا اعتماداً على ما سبق. فلم يكن كلامه هذا مترتّباً على قوله سابقاً «فقطع» من حيث اللفظ، أو نقول: إنّ ذلك يتّجه أيضاً إذا قرئ «قطع» بالبناء للمفعول بأن نقول: إنّه مطلق وتحته فردان: أحدهما قطع الغاصب، والآخر قطع الغير قصاصاً.

فيندفع ما في «جامع المقاصد» من قوله: لا شكّ في فساد العبارة سواء أُخذت مطلقة إذا قرئ قوله «فقطع» مبنيّاً للمجهول أو مخصوصاً بكون الغاصب هو القاطع بأن يبنى للمعلوم، لأنّ الجاني إذا وجب عليه المقدّر فجناية الغاصب بطريق أولى [1]. فقد صحّت العبارتان واندفع عنهما الإيرادان.

ثمّ إنّه يرد عليه أنّه لو قرأنا «قطع» بالبناء للفاعل احتمل أن يكون الغاصب قد قطع يده قصاصاً، فلا يتّجه ما في جامع المقاصد. وليس لك أن تقول: لا يصحّ للغاصب القصاص، لأنّه يجب عليه ردّه سالماً، لأنّا نقول: إنّ القصاص مقدّم على كل حقّ كما حرّر في محلّه [2].

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٧.

(٢) كما في المبسوط: في أحكام المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٤، والتذكرة: في فكّ الرهن ج ١٣ ص ٣٠٦.

ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخيّر، فيضمن الجاني النصف خاصّة ولا يرجع على أحد، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف، ولايرجع على أحد، ولو لم يحصل زيادة استقرّ الضمان على الجاني.

ولو غصبه شابّاً فصار شيخاً ضمن النقص،

[فيما لو نقص العبد غير الغاصب]

قوله: ﴿ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخيّر، فيضمن الجاني النصف خاصّة ولا يرجع على أحد، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف، ولا يرجع على أحد، ولو لم يحصل زيادة استقرّ الضمان على الجاني﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» ونحوه ما في «التذكرة[3]» ومعناه أنّ المغصوب منه يتخيّر بين تضمين الغاصب والجاني، لكن الجاني لايضمن سوى المقدّر في الجناية والغاصب يضمن الزيادة، فقرار الضمان بالنسبة إلى موجب الجناية على الجاني، فإن رجع عليه لم يرجع به على أحد، وإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني بنسبته، وأمّا الزائد على تقدير حصوله فإنّه على الغاصب خاصّة، ولو لم تحصل زيادة استقرّ الضمان على الجاني، لاستواء الجاني والغاصب في وجوب ذلك وقد باشر الإتلاف فالقرار عليه. ويتخيّر المالك في الرجوع على كلّ منهما.

قوله: ﴿ولو غصبه شابّاً فصار شيخاً ضمن النقص﴾ كما في

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٢.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الجناية على الغصب ج ٢ ص ٣٩٠ س ٣ ـ ٤.

وكذا لو كان أمرداً فنبتت لحيته على إشكال.

«المبسوط[١] والخلاف[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦]» وفي «التذكرة[٧]» لا نعلم فيه خلافاً ـ يعني بين أهل العلم ـ لتناقص القويّ بذلك الموجب لنقصان القيمة. ومثله ما لو كانت ناهداً فسقط ثدياها كما في «المبسوط[٨] والخلاف[٩] والتذكرة[١٠] والتحرير[١١] والدروس[١٢]». وفي «التذكرة[١٣]» لا نعلم فيه خلافاً. ومثله ما لو كان طفلاً فكبر كما في «الدروس[١٤]» وإن كان ذلك من ضروريّات البقاء.

قوله: ﴿وكذا لو كان أمرداً فنبتت لحيته﴾ كما في «المبسوط[١٥] والخلاف[١٦] والتذكرة[١٧] والتحرير[١٨] والإيضاح[١٩] وجامع المقاصد[٢٠]» لحصول النقص في القيمة بذلك، لأنّه المفروض. والمخالف هنا أبو حنيفة[٢١] لا غير، لأنّ الفائت لايقصد قصداً صحيحاً فجرى مجرى الصناعة المحرّمة، وقد احتمله احتمالاً في «التحرير[٢٢]» وليس بشيء، لأنّا نمنع عدم القصد الصحيح، لإمكان تعلّق الغرض بالتمرين على الأخلاق الحسنة من عادات وعبادات بل قد يتعلّق الغرض الصحيح بالجمال.

قوله: ﴿على إشكال﴾ قد علم منشأ وجهيه ممّا تقدّم.

(١ و٨ و١٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٤.
(٢ و٩ و١٦) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٧ مسألة ٣٣.
(٣ و٧ و١٠ و١٣ و١٧) تذكرة الفقهاء: في مسائل النقصان من الغصب ج ٢ ص ٣٩٠ س ١٤.
(٤ و١١ و١٨ و٢٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٤ و٥٣٥.
(٥ و١٩) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٥.
(٦ و٢٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٨ و٢٨٩.
(١٢ و١٤) الدروس الشرعية: في اختلاف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.
(٢١) بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٥٦.

ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على إشكال.

ولو نقل التراب ردّه بعينه، فإن تعذّر فالمثل، وعليه الأرش وتسوية الحفر.

[فيما لو نقصت الأرض المغصوبة]

قوله: ﴿ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على إشكال﴾ الضمان من دون إشكال خيرة «التذكرة[1] والتحرير[2] والإيضاح[3] وجامع المقاصد[4]» لأنّ كلّ نقص يحدث في يده مضمون عليه. ولا منافاة بين تحريم زرعها وضمان نقصها، إذ الواجب عليه من أوّل الأمر عدم إثبات يده على مال الغير بغير حقّ. ووجه عدم الضمان أنّ ترك زرعها واجب فلا يضمن بسببه.

قوله: ﴿ولو نقل التراب ردّه بعينه﴾ كما في «المبسوط[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7]» وفرشه على ما كان فيها كما في «المبسوط[8]».

قوله: ﴿فإن تعذّر فالمثل﴾ لأنّ التراب من حيث هو مثليّ، وإن كانت الأرض باعتبار كونها قراحاً أو بستاناً أو نحو ذلك قيمية، فلا منافاة ولا استبعاد في ذلك.

قوله: ﴿وعليه الأرش وتسوية الحفر﴾ أمّا وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان فظاهر، وأمّا وجوب التسوية دون أرش الحفر مع أنّهم أوجبوا[9] على هادم الحائط الأرش دون إعادته فلأنّ الحفر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الغصب في أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٣ س ١٩ ـ ٢٠.

(٢ و٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٦.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٥.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٨٩.

(٥ و٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٤ ـ ٧٥.

(٩) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨، والعلّامة في تحرير ←

والبائع إذا قلع أحجاره فعليه التسوية دون الأرش،
ولو حفر بئراً فله طمّها إلّا أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردّي

يشبه المثلي والبناء يشبه القيمي.

قوله: ﴿والبائع إذا قلع أحجاره فعليه التسوية دون الأرش﴾ أمّا وجوب التسوية إذا كان المشتري عالماً فقد أطبقوا عليه من غير خلاف في باب تسليم المبيع وباب بيع الأرض مستندين إلى أنّه يجب تسليم المبيع مفرّغاً كاملاً. ولعلّهم يقولون: إنّ علمه إنّما أسقط خياره، وأمّا ضمان النقص بمعنى وجوب طمّه فلا مسقط له إلّا ما يتخيّل من إقدامه على ذلك، وليس بشيء، لأنّه إنّما أقدم على ذلك عالماً بأنّه يجب على البائع تسليم المبيع تامّاً. وأمّا عدم وجوب الأرش لو بقي في الأرض نقص وعيب بعد التسوية، فلأنّ الفعل مأذون فيه شرعاً فلم يتعقّبه ضمان بمعنى وجوب الأرش. نعم لو كان جاهلاً تخيّر، فإن أجاز وجب له الأرش والأُجرة لمدّة النقل على الأقوى. وتمام الكلام في باب بيع الأرض[1]، واستطرد المسألة هنا ليفرّق بين الغاصب والبائع.

قوله: ﴿ولو حفر بئراً فله طمّها إلّا أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردّي﴾ كما في «السرائر[2] والتحرير[3] والمختلف[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6]»

← الأحكام: في أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢.

(١) تقدّم في باب البيع ج ١٤ ص ٥٥٥.

(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٥.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٦.

(٤) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢١.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٠.

وغيرها[١]. وفي «الشرائع[٢]» لو قيل به كان حسناً، لأنّ المالك إذا رضي بالحفر كان كما لو حفرت بإذنه ونهيه عن الطمّ يتضمّن الرضا. وفي «التذكرة» إن كان للغاصب في الطمّ غرض سوى دفع ضمان التردّي فله الطمّ وإن لم يكن له غرض سواه لم يكن للغاصب طمّه[٣]. وقد مثّل فيها الغرض بما إذا نقل التراب إلى ملك نفسه أو طرحه في طريق المسلمين أو ملك غيره، وهو كما ترى، لأنّه تصرّف في مال الغير مع نهيه عنه. وفي «المبسوط[٤] والغنية[٥]» له طمّها نهاه المالك أم لم ينهه رضي المالك أم لم يرض. قال في «المبسوط» لأنّه حفر في ملك غيره فلا يأمن أن يقع فيها إنسان أو بهيمة فيلزمه الضمان، هذا إذا لم يبرئه المالك من ذلك، فإن برئه فقولان، والصحيح أنّه يبرأ، انتهى حاصل كلامه.

وقد قال في باب الديات من «المبسوط»: إنّه لو حفر بئراً عدواناً في ملك غيره ثمّ إنّ المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدوان سقط الضمان[٦]. وبه صرّح في ديات «الكتاب[٧] والشرائع[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠]» وهو يوافق ما هنا، واختار هناك في «المبسوط[١١]» أنّه يبرأ بالإبراء. وتردّد فيه ـ أي الإبراء ـ في «التحرير» من أنّ المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن، ومن أنّ حصول الضمان لتعدّيه بالحفر،

---

(١) كغنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٦ س ٦ ـ ٨.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٣.

(٥) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٦ و ١١) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٨٦.

(٧) قواعد الأحكام: الديات في اجتماع العلّة والشرط ج ٣ ص ٦٥٣.

(٨) شرائع الإسلام: الديات في الأسباب ج ٤ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٩) تحرير الأحكام: الديات في الأسباب ج ٥ ص ٥٤٠.

(١٠) إرشاد الأذهان: الديات في التسبيب ج ٢ ص ٢٢٦.

ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة، وكذا في إغلاء العصير على رأي.

والإبراء لايزيله، لأنّ الماضي لا يمكن تغييره عن الصفة الّتي وقع عليها، ولأنّ الضمان ليس حقّاً للمالك فلا يصحّ الإبراء منه، ولأنّه إبراء ممّا لا يجب فلم يصحّ[1]، انتهى. ومرادهم هنا بالإبراء الرضا والإقرار، فيكون إسقاطاً للتعدّي برضاه بذلك لا إبراء عمّا لم يجب.

[فيما لو نقص الزيت والعصير بالإغلاء]

قوله: ﴿ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة﴾ بلا خلاف فيه من أحد من الخاصّة والعامّة. وبه صرّح في «المبسوط[2]» وغيره[3]. ومثاله أن يغصب رطلين قيمتهما درهم فيغليهما حتّى يصيرا رطلاً واحداً قيمته درهم أو درهمان، فإنّه يردّه ويغرم مثل الرطل الذاهب، وإن نقصت قيمته دون عينه ردّه مع أرش النقصان كأن يغيّر طعمه، وإن نقصا جميعاً فالواجب عليه مع ردّ الباقي مثل ما ذهب بالإغلاء، إلّا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر ممّا نقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي. والوجه في الجميع ظاهر.

قوله: ﴿وكذا في إغلاء العصير على رأي﴾ موافق لأكثر المتأخّرين[4]

---

(١) تحرير الأحكام: الديات في الأسباب ج ٥ ص ٥٤١.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨١.

(٣) كجامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٠.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٨ والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٤.

ولا يُجبر المتجدّد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساويا قيمةً، بخلاف ما لو اتّفقا جنساً.

بل كلّهم لحصول النقص في العين. والمخالف الشيخ في «المبسوط» قال: لايضمن[1]. وكذا «الخلاف» فيما حكي[2] عنه ولم أجده، مستنداً إلى أنّ الذاهب أجزاء مائية لا قيمة لها، لأنّ النار تعقد أجزاء العصير ولهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت. وفيه: أنّ الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدله، على أنّا لا نسلّم أنّ الذاهب أجزاء مائية فقط، سلّمنا لكنّ الذاهب في الزيت ذلك، إلّا أنّ مائيّته أقلّ. ومثله ما إذا صار العصير خلّاً وانتقصت عينه دون قيمته، والرطب تمراً والعنب زبيباً أو اللبن جبناً أو سمناً أو زبداً.

[فيما لو تجدّدت الصفة بعد ذهابها]

قوله: ﴿ولا يُجبر المتجدّد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساويا قيمةً بخلاف ما لو اتّفقا جنساً﴾ نحوه ما في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والدروس[8] وجامع المقاصد[9]» وغيرها. والحاصل: أنّ العائد إن كان من نوعٍ آخر لم يحصل الانجبار به إجماعاً

(١ و٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٢ ـ ٨٤.
(٢) حكاه عنه فخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٥.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٦ و٣٨٧.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٠ و٥٤١.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٨) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٢.
(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩١.

كما يظهر من «مجمع البرهان[1]» وقد قطع به الأصحاب كما في «الكفاية[2]». قلت: وظاهرهم القطع أيضاً بالانجبار وعدم وجوب الأرش فيما لو اتّفقا جنساً كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خيّاطاً فنسي ثمّ تذكّر إذا لم يفت شيء. وفي «المسالك» أنّه لا شبهة فيه ولا يرد أنّ العلم غير باقٍ لمنعه، ولو سلّم لزم ضمانه وإن لم ينس، لأنّه يتجدّد في يد الغاصب بعد زوال ما كان حالة الغصب[3]. واختلفوا فيما إذا كان سميناً فهزل ثمّ سمن فصريح «المبسوط[4] والإرشاد[5] ومجمع البرهان[6]» وظاهر «الشرائع[7]» أنّه يجبر الثاني الأوّل، لأنّ الأصل عدم الضمان، ولا دليل على الضمان في مثله سوى قولهم: إنّهما بمنزلة صفتين مختلفتين، وليس بدليل يعول عليه، ولا إجماع إلّا في المتغايرين. وصريح «التذكرة[8] وجامع المقاصد[9]» وظاهر «الدروس[10]» أنّه لايجبر، لأنّ الثاني مال متجدّد للمالك والأوّل مال ذاهب، ويقولون: إنّه بعد الهزال صار الأصل الضمان. واقتصر في «الكفاية» على قوله: فيه قولان[11]. وكلام «التذكرة» لا يخلو من اضطراب، لأنّه قد صرّح فيها أيضاً بأنّه لو مرض العبد ثمّ عوفي وجب ردّه من غير شيء[12]. ومثله قال في «التحرير» كما تقدّم[13] التنبيه عليه، ونحوه ما يأتي للمصنّف في آخر الفصل الثاني[14].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٥.
(٢ و١١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٣.
(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٩.
(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٤. (٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٥.
(٧) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٥.
(٨ و١٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ١٩ ـ ٢٠ و ٤.
(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩١.
(١٠) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٢.
(١٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤١.
(١٤) سيأتي في ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل

إذا تقرّر هذا فلو كان الكمال من وجهٍ آخر مثل أن نسي صنعةً كانت قيمته معها مائة فصارت إلى خمسين ثمّ تعلّم صنعةً اُخرى غير الاُولى فعادت إلى مائة ردّه وردّ معه خمسين. ولو تكرّر النقصان وكان في كلّ مرّة مغايراً بالنوع للناقص في المرّة الاُخرى ضمن الكلّ، كما لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت قيمتها ألفاً وتعلّمت صنعةً فبلغت ألفين، ثمّ هزلت فنسيت الصنعة فعادت إلى مائة ردّها وغرم ألفاً وتسعمائة.

[فيما لو صار العصير المغصوب خمراً]

قوله: ﴿ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] والمسالك[4]» لأنّ المالية قد فاتت تحت يده وهي يد عادية، فكان عليه ضمانها كما لو تلفت. وقال في «التذكرة»: لو غصب عصيراً فأغلاه حرم عندنا وصار نجساً لا يحلّ ولا يطهر إلّا إذا ذهب ثلثاه بالغليان، فلو ردّه الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين، والوجه أيضاً أنّه يضمن غرامة الجناية على الثلثين[5]. وقال في «جامع المقاصد» في الفرق بينه وبين العصير: لو غصبه فصار خمراً أو صيّره خمراً نظر[6]. ونحن

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ٣.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.
(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٢.
(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الأجزاء ج ٢ ص ٣٨٧ السطر الأوّل.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٣.

وفي وجوب الدفع إشكالٌ، فإن أوجبناه فصار خلّاً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إشكال،

نجد الفرق واضحاً بالاحترام وعدمه.

قوله: ﴿وفي وجوب الدفع إشكالٌ﴾ في «الدروس» أنّ وجوب دفع الخمر أيضاً أقرب[1]. وفي «المسالك» أنّه أقوى[2]. وفي «جامع المقاصد» أنّ فيه قوّة، لبقاء الأولوية، لإمكان إرادة التخليل[3]. ومن ثمّ عاد ملكه إليها قبل دفع البدل، وذلك إن لم يعلم من حاله أنّه يتّخذها للشرب، لزوال حقّه حينئذٍ ومعاونته على الإثم. ووجه العدم أنّه خرج عن الملك، فإنّ المسلم لا يملك الخمر، ومن ثمّ وجب البدل تامّاً، وهو أقوى. ولا ترجيح في «الإيضاح[4]». وفي «التذكرة» يجوز أن يأخذها المالك ليمسكها حتّى تتخلّل[5].

قوله: ﴿فإن أوجبناه فصار خلّاً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إشكال﴾ جزم في «التحرير[6] والدروس[7]» بوجوب ردّ المثل. وفي «جامع المقاصد» أنّه الظاهر[8]. وفي «المسالك» أنّه أقوى[9]. وهو قضية كلام «الخلاف[10] والشرائع[11] والإرشاد[12] ومجمع البرهان[13]» لأنّه أخذه للحيلولة وقد زالت بعود

(١ و٧) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٢.
(٢ و٩) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٨ و٢٣٩.
(٣ و٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٢.
(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.
(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ٤.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٥.
(١٠) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٨ مسألة ٢١.
(١١) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(١٢) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٣.

فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ.

ملكه إليه، لأنّ الأجزاء عين ماله، والمانع من ملكيّتها هي الخمرية وقد زالت، فيكون الملك بعينه قد عاد، وإن حدث له صورة اُخرى، فيجب الردّ، ولابدّ من مراعاة الأرش على تقدير نقصه كما صرّح به أيضاً في الكتب الأربعة الاُول.

ووجه العدم: أنّ هذا ملك متجدّد، لأنّ العصير لمّا صار خمراً صار تالفاً فوجب بدله. وحقّق في «الإيضاح» أنّه يبنى على أن الذوات هل هي متساوية واختلافها بأعراض وأحوال كمذهب الجبّائي أو متخالفة في الحقيقة كمذهب أبي الحسين، فعلى الأوّل يجب ردّه، وعلى الثاني لا يجب، لأنّه غير المغصوب [١].

وكيف كان، فإنّ ما نحن فيه يخالف ما إذا غصبه خمراً غير محترمة فتخلّلت في يده، فإنّه لا يجب عليه ردّ الخلّ، لأنّ العصير كان مملوكاً لمن هو في يده، وإنّما طرأ عليه مانع الملك فيزول بزواله، بخلاف الخمر فإنّها لم تكن مملوكة له بوجه، وانتزاعه من يده غير مضمون، بل ولا يسمّى غصباً، وتخلّلها أحدث ملكاً جديداً لمن هي في يده إن نوى بإبقائها في يده التخليل، نعم لو كان المغصوب خمراً متّخذة للتخليل فتخلّلت في يد الغاصب فالأقوى وجوب ردّه كالعصير كما ستسمع، واحتمال العدم ضعيف جدّاً. وتمام الكلام في باب الرهن [٢].

قوله: ﴿فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ﴾ أمّا أنّه يردّه إلى مالكه فقد نفى عنه الخلاف في رهن «غاية المرام [٣] والمسالك [٤]» وهو كذلك، لأنّه غير ماله. وقضية ذلك أنّه يردّ معه

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٦.
(٢) تقدّم في باب الرهن ج ١٥ ص ٢٩٨.
(٣) غاية المرام: في الرهن ج ٢ ص ١٥٧.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام متعلّقة بالرهن ج ٤ ص ٧٠.

ولو غصب خمراً فتخلّلت في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل للمالك.

أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ. وبه صرّح الأصحاب كالشيخ[١] وابن إدريس[٢] ومَن تأخّر عنه[٣]. والمراد أنّه غصبه عصيراً فصار خمراً في يد الغاصب فيكون معطوفاً على قوله أوّلاً «فصار خمراً» وليعلم أنّ المصنّف[٤] وولده[٥] والشهيد[٦] والمحقّق الثاني[٧] في باب الهبة حكموا أنّ في ردّه حينئذٍ إلى المالك إشكالاً فليرجع إليه.

[حكم ما لو غصب خمراً فصار خلّاً]

قوله: ﴿ولو غصب خمراً فتخلّلت في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل للمالك﴾ وجه الأوّل أنّ الخمر خارجة عن الملك بالكلّية وقد استولى عليها هذا فصارت ملكه، ولحصول الخلّية عنده فيما ليس ملكاً لأحد، وهو الّذي صحّحه في «الإيضاح[٨]» وقوّاه هو في «شرح الإرشاد[٩]» ووجه الثاني ثبوت الأولوية للمالك باليد للتخليل، كذا قال الفخر في الكتابين، وهو يقضي بأنّ الخمر محترمة متّخذة للتخليل، وهي الّتي يتصوّر فيها الغصب، فكان الأولى به وبوالده أن يختارا وجوب الردّ للمالك لمكان سلطانه الثابت عليها، لكونها مستحقّة لمن كانت

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٢. (٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٠.
(٣) كالعلّامة في إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨، والمحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧، والشهيد في الدروس: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٢.
(٤) قواعد الأحكام: في الهبة ج ٢ ص ٤١٠.
(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الهبة ج ٢ ص ٤٢٢.
(٦) الحاشية النجّارية: في الهبة ص ١١٦ س ١٦.
(٧) جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٨٤. (٨) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٦.
(٩) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٧ س ٢١.

والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك.

في يده بهذه النيّة. وقد نفى فيها الخلاف عن وجوب الردّ للمالك في «الخلاف[١]» وهو كالإجماع أو أبلغ، لأنّ مراده نفيه بين المسلمين. وقال في «التذكرة»: إنّه مذهبنا[٢]. وهو خيرة «المبسوط[٣] والسرائر[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦]» فلا يلتفت بعد ذلك إلى ما وجّه به الأوّل في «الإيضاح[٧]» ولا إلى القول بأنّ فائدة احترامها جواز إبقائها في يده وعدم وجوب إراقتها[٨]. وتمام الكلام في الرهن[٩].

[فيما لو غصب البذر أو البيض فأثمر]

قوله: ﴿والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك﴾ إجماعاً فيهما كما في «الناصرية[١٠] والسرائر[١١]» وبلا خلاف كما في الثاني أيضاً. وهو المذهب كما في «الغنية[١٢]» وهو المعتمد عندنا كما في «التذكرة[١٣]» وفتوى من سبق الشيخ كما في «الدروس[١٤]» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[١٥]» وعليه الأكثر كما في

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٨ مسألة ٢١.

(٢ و١٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ١٥ و٩.

(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٣.

(٤ و١١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٠ و٤٨٢ و٤٨٤.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٣.

(٦) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٨.

(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٦.

(٨) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٨.

(٩) تقدّم في باب الرهن ج ١٥ ص ٢٩٨.

(١٠) الناصريّات: في الغصب ص ٣٨٧.

(١٢) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨٠.

(١٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(١٥) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٥.

«جامع المقاصد[1]» وهو خيرة «الخلاف[2]» في باب الدعاوى و«المبسوط[3]» في باب العارية وغصب «السرائر[4] والشرائع[5] والنافع[6] وكشف الرموز[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والدروس[10] واللمعة[11] وجامع المقاصد[12] والمسالك[13] والروضة[14]» وهو المحكيّ[15] عن أبي عليّ. ولا ترجيح في «الكفاية[16]».

وفي غصب «الخلاف[17] والمبسوط[18] والوسيلة[19]» أنّهما للغاصب وعليه قيمة الحبّ والبيض. واستدلّ عليه بأنّ عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم غير القيمة. وقال في «الخلاف»: ومَن يقول إنّ الفرخ عين البيض وأنّ الزرع هو عين الحبّ مكابر، بل المعلوم خلافه، انتهى[20]. وقد صرّح في عارية «المبسوط» أنّ الزرع عين الحبّ[21]. قال في «السرائر»: فقد دخل رحمه الله في جملة مَن يكابر[22]. ثمّ إنّا

ـــــــــــــــ

(١ و١٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٣.

(٢) الخلاف: في الدعاوى والبيّنات ج ٦ ص ٣٤٤ مسألة ١٧.

(٣ و٢١) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٦.

(٤ و٢٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٢ و٤٨٣.

(٥) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.

(٦) المختصر النافع: في لواحق أحكام الغصب ص ٢٤٩.

(٧) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٥.

(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ٩.

(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.

(١٠) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦.

(١٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٦.

(١٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٨.

(١٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٩.

(١٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٥.

(١٧ و٢٠) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٢٠ و٤٢١ مسألة ٣٨.

(١٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(١٩) الوسيلة: في الغصب ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

نقول: إنّهما نماء ملك المالك، والنماء على قسمين: قسم يبقى معه الأصل كثمرة النخل، وقسم يبقى معه الأصل ببعض أجزائه، وهو المادّة دون الصورة، فتلبّس المادّة صورة اُخرى وتسمّى استحالة. وهذا يجري مجرى تغيّر الصفات كالسِمن مثلاً، فكما أنّ المغصوب إذا سمِن لم يملكه الغاصب، كذلك البيض إذا صار فرخاً والحبّ إذا صار سنبلاً.

وقد اعترض الشيخ في «المختلف» بأنّ سبب تملّك الغاصب الفرخ إنّما هو إحداث فعل أو تجديد يد، والقسمان باطلان. (أمّا الأوّل) فلأنّ الفعل إمّا من الغاصب أو من الدجاجة، والقسمان باطلان. أمّا الأوّل فلأنّ الغاصب لم يؤثّر سوى الإحضان، وليس ذلك موجباً للتمليك، وإلّا لكان لو أحضنها بدجاجة المالك ملكها، ولكان المالك إذا أذن لغيره في إحضان الدجاجة بالبيضة وهما للمالك ملك الغير، وليس كذلك إجماعاً. وأمّا الثاني فلأنّه لو كان كذلك لكان المالك إذا غصب الدجاجة وأحضنها بيضة من ملكه يملكها صاحب الدجاجة، وليس كذلك اتّفاقاً. (وأمّا الثاني) فلأنّ تجديد اليد لو كان موجباً لكان الغاصب مطلقاً مالكاً وإن لم تتغيّر صفته، وليس كذلك إجماعاً. وقول الشيخ: إنّ العين قد تلفت، ليس بجيّد، فإنّها لو تلفت لم يحصل لها نماء، وإنّما استحالت وتغيّرت صفاتها وخواصّها. وقوله «مَن يقول إنّ الفرخ عين البيض مكابر» خارج عن الإنصاف، فإنّا لا ندّعي أنّ هذه الأعيان هي تلك الأعيان باقية على الصفات، بل إنّ الموادّ واحدة وأنّ التغيير إنّما هو في الصفات والخواصّ وبعض الذاتيّات، انتهى[1].

قلت: لعلّ الشيخ يقول: مرادي من التلف عين ما قلته من الاستحالة، وأنّ سبب التملّك جميع ما ذكرته مجتمعاً لا كلّ واحدٍ واحد ممّا ذكرت وهذا لم تبطله. وله أن يقول: إذا كانت الصورة مقوّمة للعين والمفروض فسادها فلا بقاء للعين،

---

(١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٠.

الفصل الثاني: في الزيادة

لو غصب حنطةً فطحنها أو ثوباً فقصّره أو خاطه لم يملك العين، بل يردّها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك، ولا شيء له عن الزيادة.

فأنت الخارج عن الإنصاف. فإن أردت ببقاء العين بقاء المادّة، فالشيخ يسلمه ولا يضرّه، لأنّ له أن يقول: من أين لك إذا كانت المادّة باقية وهي ملك المالك ونفس العين غير باقية بل تالفة أو في حكم التالفة يجب مثلها أو قيمتها أنّ الصورة الأخرى الّتي لبستها المادّة للمالك؟ وهل النزاع إلّا فيه؟ وليس لك أن تجيب إلّا بأنّ الصورة الحادثة نماء الأصل فيتبعه ويجري مجرى الثمرة، فتكون في غنية عن هذه التفاصيل الّتي ما أفادت إلّا التطويل، ولهذا ترى مَن تقدّمه ـ كصاحب السرائر وجميع مَن تأخّر عنه ـ ما استندوا إلّا إلى أنّه نماء ملك المالك وتابع له.

هذا، وقد تقدّم[1] في أوّل الفصل الأوّل فيما لو قطع الثوب قطعاً أنّه لم يملكه ونقل الإجماعات والفتاوى عليه، ومن المفتين بذلك الشيخ في «المبسوط والخلاف» وما استدلّوا به عليه جارٍ فيما نحن فيه، وأنّ المسألتين من سنخ واحد كما تقدّم بيانه وإلزام الشيخ به. وقد تقدّم أنّه لا يصحّ الاستشهاد لكلام الشيخ بأنّ نماء نطفة الفحل إذا غصبه وأنزاه على شاته وفرسه للمالك، لأنّ النطفة لا قيمة لها.

﴿الفصل الثاني: في الزيادة﴾

[فيما لو غصب حنطة أو ثوباً فغيّر فيهما]

قوله: ﴿لو غصب حنطةً فطحنها أو ثوباً فقصّره أو خاطه لم يملك

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٠ ـ ٢٠٢.

ولو صاغ النقرة حليّاً ردّها كذلك،

العين، بل يردّها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك، ولا شيء له عن الزيادة﴾ هذا قد تقدّم الكلام[1] فيه فيما إذا قطع الثوب قطعاً، وقد نقلنا هناك الفتاوى والإجماعات، ومنها إجماع «التذكرة» وهذا معقده، قال: لا يملك الغاصب العين المغصوبة بتغيّر صفاتها، فلو غصب حنطةً فطحنها أو شاةً فذبحها وشواها أو حديداً فصنعه سكّيناً أو آنيةً أو آلةً أو ثوباً فقطعه وخاطه أو قصّره أو طيناً فصيّره لبناً فإنّ حقّ المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان ولا يملك الغاصب بشيء من هذه التصرّفات بل يردّها مع أرش النقص إن نقصت القيمة عند علمائنا أجمع، انتهى[2]. وحكى[3] الخلاف عن أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه لخبر عامّي مرسل[4].

ويجب أن يقيّد الخيوط في خياطة الثوب في العبارة بكونها للمالك، ولو كانت للغاصب كانت كالصبغ.

[فيما لو صاغ النقرة حليّاً]

قوله: ﴿ولو صاغ النقرة حليّاً ردّها كذلك﴾ كما في «التحرير[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7]» لأنّ الصنعة ليست عيناً ليتخيّل أنّها مال للغاصب وإنّما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعاً. ومثله ما لو علف الدابّة فسمِنت، لأنّ السِمن من الله سبحانه وتعالى، وليس

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٠ ـ ٢٠٢.

(٢ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ١٢ و١٧.

(٤) المغني: في تصرّف الغاصب في المغصوب ج ٥ ص ٤٠٣.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.

(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٤.

فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته، وللمالك إجباره على ردّها نقرة، ولا يضمن أرش الصنعة

هو عين العلف كما في «جامع المقاصد[1]».

قوله: ﴿فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته﴾ كما في الكتب الثلاثة المتقدّمة، لأنّها ملك للمالك ولا يقدح في ذلك كونها بفعل الغاصب.

قوله: ﴿وللمالك إجباره على ردّها نقرةً﴾ كما في «التحرير[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» لوجوب ردّها كما أخذها.

قوله: ﴿ولا يضمن أرش الصنعة﴾ كما في هذه الكتب الثلاثة، لأنّ بقاء الصنعة مع الردّ نقرة غير ممكن، فيكون الأمر بردّها كذلك إذناً في إذهاب الصنعة. وفيه: أنّه لعلّه اعتمد في ذلك على كون ما ينقص من العين مضموناً على الغاصب إلى حصول التسليم التامّ والصنعة جزء من العين ومقوّماتها وملك للمغصوب منه كما تقدّم، فتكون مضمونة عليه وإن أمره بردّها نقرةً، فلا يجدي التمسّك في العدم بأنّ العين لم تكن على تلك الصنعة وقت الغصب ولم تستقرّ للمالك في ذمّة الغاصب وكذلك الحال فيما إذا غصبها مهزولة وأخذها إلى مكان بعيد ثمّ علفها حتّى سمنت فأمره المالك بردّها على الفور على وجه يستلزم هزالها. وأولى منها ما لو غصبها سمينة وبقيت كذلك ثمّ أمره بردّها كذلك فزال سمنها. نعم إن فهم منه الرخصة في إتلافها أي الصنعة والتبرّم بها وعدم الرضا فلا ضمان، كما لو فهم منه الرخصة في تضميرها وإذهاب سمنها وإعادتها مهزولة مضمرة، لأن كان لا يركب إلّا المضمرة.

(١ و٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٤ و٢٩٥.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.

ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر.

قوله: ﴿ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» ولعلّه ممّا لاريب فيه، لأنّ ذلك بفعله، وليس من لوازم الكسر النقصان بخلاف الصنعة إذا اُريد ردّها نقرةً، ولو سلّم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر بـه، لأنّ الصياغة جناية، لأن كانت تصرّفاً في مال الغير عدواناً، والنقص بالكسر مسبّب عنها وأمره بردّها كما كانت لا يقضي بسقوط ضمانه أي الكسر. قال في «جامع المقاصد»: وهذا بخلاف الصنعة الّتي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم تستقرّ للمالك في ذمّة الغاصب، فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله إلى موضع بعيد فسمن ثمّ أمره المالك بردّه على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لا يضمن السمن الناقص. ويشكل بأنّه لو كان سميناً عند المالك فغصبه ونقله على وجهٍ لا عنف فيه فبقي سِمنه ثمّ أجبره المالك على ردّه على الفور فزال سِمنه لم يضمنه، وهو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي المصنوع، وفي الفرق نظر، انتهى[4].

قلت: قد عرفت أنّا لا نفرّق ونوجب الضمان في المسائل الأربع ولا نفرّق في الصنعة بين ما إذا كانت قبل الغصب أو بعده بعد الجزم بكونها ملكاً للمالك وجزءاً من العين، فلا نستجود قوله «بخلاف الصنعة ... إلى آخره» على أنّه يقضي بعدم اتّحاد الحكم فيما فرّعه من الفرعين، فلا يتّجه إشكاله. ثمّ إنّ الأولى أن يفرّع قوله «فعلى هذا ... إلى آخره» على عدم ضمان أرش الصنعة لا على ما نحن فيه. ولعلّه فرّعه على قوله «بخلاف الصنعة ... إلى آخره» وإن ذكره بالعرض.

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٥.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.

ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا، فالفاضل بينهما بالسوية،

ثمّ إنّه قال: ويختلج بالخاطر فرق يتأمّل بعد ذلك، وهو أنّ طلب المالك ردّ الحلي نقرةً يقتضي عدم قبول الصنعة بخلاف ردّ السمين إذا استلزم ردّه إلى الهزال وبخلاف نقصان العين بالكسر فإنّه لا يقتضي ذلك ولا منافاة بين ملكية السِمن والرضا بها وطلب الردّ على الفور وإن علم بهزاله للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه [1].

قلت: هذا يقضي بأنّ السمن في الصورتين يضمن كنقصان العين، وهو خلاف ما ذكر، فتدبّر. وما بال ذهاب الصنعة لا يكون كذهاب السِمن في الصورة الأُولى مع أنّ كلّ واحدٍ منهما جزء من العين واحتمال عدم الرضا قائم فيهما كما فرضناه فيما إذا كان لا يريد إلّا المضمرة.

قال: ويمكن أن يفرّق بوجهٍ آخر وهو أنّ الأمر بردّ الحلي نقرةً يدلّ على عدم قبول الصنعة والترخيص في إتلافها بخلاف ما ينقص بالكسر، لأنّ الأمر بالكسر لا يقتضي قبول الناقص من الفضّة وإن كان لازماً عنه لا محالة، فهو محسوب من جملة المؤنة الواجبة على الغاصب، فإنّه لو أمره المالك بردّ الدابّة إلى بلد الغصب وكان ذلك مستلزماً للهزال لا يكون دالّاً على عدم إرادة السِمن والترخيص في إتلافه، فيكون من باب المقدّمة كالعلف والسقي، وينبغي التأمّل في الفرق بينه وبين الأوّل، انتهى [2]. وهذا الّذي اختلج في خاطره المبارك الميمون إنّما وجدناه في نسخة واحدة وأكثر النسخ خالية عنه، ولذلك تراه كأنّه غير محرّر.

[فيما لو صبغ الغاصب الثوب المغصوب]

قوله: ﴿ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا، فالفاضل بينهما

(١ و٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٥ و٢٩٦.

والناقص من الصبغ،

بالسوية﴾ كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وساوى بعد الصبغ ثلاثين لزيادتهما معاً لا لزيادة أحدهما فالعشرة بينهما بالسوية كما هو صريح «المبسوط[1] والتذكرة[2] والمسالك[3]» وكذا «الشرائع[4] والكفاية[5]» وذلك إن لم يمكن فصله عنه كما في الأوّلين و«الكفاية» وهو قضية الكتاب بقرينة قوله فيما يأتي «ولو قبل الصبغ الزوال»[6]. قلت: أو أمكن ورضيا بالشركة كما في «التذكرة[7]» ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب فالزيادة لمالكه خاصّة، كما أنّها لو زادت لزيادة قيمة الصبغ فالزيادة للغاصب. ولو زادت بسبب العمل خاصّة فهي بينهما، لأنّ كلّاً من الثوب والصبغ قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلّم للمغصوب منه.

قوله: ﴿والناقص من الصبغ﴾ يريد أنّه إذا نقصت قيمته حيث لا يمكن فصله عن قيمتهما معاً فالناقص من الغاصب خاصّة، وهو معنى الناقص من الصبغ، لأنّه إن كان من الصبغ فظاهر، وإن كان من الثوب فضمانه عليه إذا لم يستند النقصان إلى الثوب وحده باعتبار السوق حتّى لو نقص والحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب أرش النقصان ولا شيء له لمكان الصبغ كما هو صريح

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٧ و٧٨.

(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ٢ و١٦.

(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٢.

(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.

(٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥١.

(٦) سيأتي في ص ٢٦٦.

فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب ردّه مصبوغاً مع أرش النقص. وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجّانة صبّاغ، أو غصب الصبغ من آخر.

«المبسوط[١] والتذكرة[٢] والمسالك[٣]» وصريح «الشرائع[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦]» في بعض وقضيّتهما في آخر، وستسمع ما في الكتاب. ولو نقصت قيمة الصبغ وزادت قيمة الثوب فهو بينهما بالنسبة كما لو انخفضت قيمة الصبغ إلى ثمانية بعد أن كان يساوي عشرة وارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر كما نبّه عليه في «المبسوط[٧]» وغيره[٨].

قوله: ﴿فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب ردّه مصبوغاً مع أرش النقص﴾ كما إذا صارت قيمتهما معاً ثمانية في المثال المتقدّم فإنّه يردّ الثوب مصبوغاً ويردّ معه درهمين وذهب الصبغ ضياعاً كما تقدّم بيانه.

قوله: ﴿وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجّانة صبّاغ﴾ كما في «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» لتحقّق اختلاط المالين، وليس لأحدهما أن يكلّف الآخر الفصل ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لاعدوان من أحدهما.

قوله: ﴿أو غصب الصبغ من آخر﴾ لتحقّق اختلاط المالين كما في

(١ و٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٨ ـ ٧٩.
(٢ و٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ٣ و٤٣.
(٣ و٨) كمسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٢.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٩.
(٦ و١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٦.

ولو قبِل الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله

الكتابين[١]. ويضمن الغاصب نقص كلّ من الثوب والصبغ. وتحريره أنّه إن لم يحدث نقص في الثوب ولا الصبغ ولا في المجموع فهما شريكان ولا غرم على الغاصب، فإن حدث مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وبلغت قيمة الثوب مصبوغاً عشرة ففي «التذكرة» أنّ الثمن لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ للآخر، وتأمّل في كونهما شريكين في الثوب وأنّ الغاصب يغرم لكلّ منهما ما نقصت قيمة عينه. ثمّ إنّه إن كان ممّا يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب بالفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما غرمه الغاصب. وما ذكر في هذه المسائل جميعها فهو إنّما إذا كان قد حصل بالانصباغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلّا تمويه لا يحصل منه عين ولا يقبل الزوال فهو على الظاهر كقصارة الثوب وطحن الحنطة آثار محضة ليس للغاصب، ويحتمل أن يكون شريكاً ويجبر على بيعه من المالك كما يأتي عن «التذكرة».

قوله: ﴿ولو قبِل الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله﴾ كما في «المبسوط[٢]» بلفظ الأقوى و«الإرشاد[٣] وجامع المقاصد[٤]» وهو معنى قوله في «التحرير»: للمالك قلعه[٥]. وقوله في «الإيضاح[٦]»: أُجيب المالك لوجوب ردّ

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٣٩٤ س ٣٧، جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٦.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٨.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٧.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٠.
(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٧.

وإن استضرّ بعدم الصبغ أو نقصت قيمته، ولو طلب الغاصب الإزالة أُجيب إليها،

العين كما أخذها، ولا عبرة بتضرّره بتلف الصبغ أو نقص قيمته، لأنّ ذلك مستند إلى عدوانه. وقال في «التذكرة»: وهل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ الأقرب أنّه إن كان له غرض كان له ذلك، وكذا إن كان للصبغ قيمة وإلّا فلا [1]. ولعلّه، لأنّه إن خلّي عن الغرض وكان المنفصل منه يضيع بالكلّية أو يحدث في الثوب نقصان بحيث لا يفي بأرشه قيمة المفصول كان تخسيراً للغاصب عناداً أو عبثاً، فتأمّل. وقد عرفت الحال فيما إذا لم يقبل الزوال وكان عيناً وما إذا كان تمويهاً، وستسمع ما في «المسالك».

قوله: ﴿وإن استضرّ بعدم الصبغ أو نقصت قيمته﴾ كما تقدّم بيان وجهه [2]. والمراد بعدم الصبغ تلفه وذهابه وأنّه لا يحصل منه عين كما عرفت آنفاً. وقال في «المسالك»: إن كان الصبغ محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع وإن رضي المالك، وهل له إجباره؟ فيه وجهان، نعم لأنّه قد يريد تغريمه، ولا لأنّه حينئذٍ كقصارة الثوب، والأقوى الأوّل، انتهى [3]. فليتأمّل فيه.

قوله: ﴿ولو طلب الغاصب الإزالة أُجيب إليها﴾ كما في «الخلاف [4] والمبسوط [5] والغنية [6] والسرائر [7] والشرائع [8] والنافع [9]

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ١٢.

(٢) تقدّم في ص ٢٦٣ ـ ٢٦٥.

(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١١.

(٤) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٦ مسألة ١٩.

(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٨.

(٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٩.

(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨١.

(٨) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.

(٩) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨.

والإرشاد[١] والتحرير[٢] واللمعة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧] والكفاية[٨]» وهو المشهور، ذكره الشيخ وأتباعه كما في «التنقيح[٩]». وفي «الرياض» أنّه المشهور خصوصاً بين المتأخّرين[١٠]. وفي «المسالك[١١] والكفاية[١٢]» أنّه الأشهر.

وقد قال هؤلاء جميعاً: بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب.

وظاهر «التذكرة[١٣]» التردّد لأنّه ذكر فيما إذا أراد الغاصب فصل الصبغ وكان الثوب بحيث ينقص بذلك اختلافاً بين العامّة ولم يرجّح أحداً من القولين. وكذلك ظاهر «الدروس» التردّد حيث لا ترجيح فيه، قال: ولو طلب الغاصب قلع صبغه أُجيب عند الشيخ وضمن الأرش، وقال ابن الجنيد والفاضل: لا تجب إجابته، لاستهلاكه واستلزام التصرّف في مال الغير[١٤].

وما حكاه عن المصنّف هو مختاره في «المختلف» قال: ليس للغاصب قلع الصبغ بغير إذن المالك، فإن لم يرض ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب قبوله[١٥].

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٩ ـ ٥٤٠.

(٣) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٥.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٩.

(٥ و ١١) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٣.

(٦) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥١.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٣.

(٨ و ١٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥١.

(٩) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٣.

(١٠) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٢.

(١٣) تذكرة الفقهاء: الغصب أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ٢٥.

(١٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١١.

(١٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨.

وقد استجوده في «التنقيح» وقال: إنّ عليه الفتوى [١]. وإليه مال الأُستاذ في «حاشيته على مجمع البرهان» فيما حكى [٢] عنه ابن اُخته مستجوداً أيضاً له. وهو قويّ متين كما ستسمع. وقد قال في «جامع المقاصد» فيما يأتي: إنّه لا يخلو عن وجه.

وهذا كلّه ممّا يوهن قوله في «الإيضاح»: لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها ولا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب أصلاً [٣].

وقال في «جامع المقاصد»: إنّ ما حكاه في الدروس عن أبي عليّ والمصنّف ينافي الإجماع الّذي ادّعاه الشارح في قوله «ولا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ» [٤]. ولم تظهر لنا المنافاة في خصوص ذلك، لأنّهما علّلاه بالاستهلاك والتصرّف معاً لا بالتصرّف وحده، فأبو عليّ والمصنّف يقولان لا تجب إجابة الغاصب إذا استلزم الفصل هلاك الصبغ، وولده يقول: لا خلاف في وجوب إجابته إلى الفصل إذا لم يهلك الصبغ ولم ينقص الثوب، فأيّهما حصل منع من إجابته فلا منافاة أصلاً قطعاً، بل المفروض في كلام أبي عليّ والمختلف أنّ ذلك أيضاً إذا استلزم التصرّف نقصاً في الثوب كما هو ظاهر آخر كلامه في «المختلف [٥]» كما هو الغالب. وعليه نبّه في «التذكرة [٦]» وهذا الّذي نفى الخلاف عنه في «الإيضاح» أخيراً هو المستفاد من «التذكرة» والموافق للاعتبار، ثمّ إنّ في تسميته نفي الخلاف إجماعاً مسامحة. وحكى في «المسالك» قولاً بأنّه إن أدّى فصله إلى استهلاكه لم يجب الغاصب [٧]. وليس هو قول أبي عليّ ولا هو لأحد من أصحابنا وإنّما هو

---

(١) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٤.

(٢) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٧.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٨.

(٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ٢٩.

(٧) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٣.

لبعض الشافعية [١]، لأنّك قد علمت أنّ أبا عليّ يشترط مع ذلك النقص في الثوب.

وكيف كان، فقد استدلّ المحقّق الثاني [٢] والشهيد الثاني [٣] للمشهور بأنّه لولا إجابته إلى قلع الصبغ لزم عدوان آخر، وهو التصرّف في مال الغير بغير حقّ فإنّه لاسبيل إلى تملّكه بعوض ولا بغير عوض قهراً ولا إلى إلزام المالك ببيع الثوب، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فربّما لم يرغب فيه راغب وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرّف فيه موجب لزيادة الضرر، فلم يبق إلّا الإجابة إلى القلع، فحينئذٍ يترجّح هذا بانحصار وصول الحقّ إلى مستحقّه فيه، إذ مَن ظُلم لا يحلّ أن يَظلم، فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع إيّاه وعدمه، إذ لايحلّ مال امرئٍ مسلم إلّا عن طيبِ نفسٍ منه [٤]. واحتمال المنع لاستلزامه إضاعة المال المنهيّ ضعيف، إذ المنهيّ عنه الإتلاف الّذي لا يتعلّق به غرض للعقلاء، أمّا إذا تعلّق به غرض صحيح فلا. فظهر الوجه في استحقاق الغاصب القلع وإن نقص الثوب، إذ لا طريق إلى التخلّص سواه والنقص ينجبر بوجوب الأرش.

وفيه: أنّ طريق التخلّص أن يجبر الغاصب على أخذ قيمة الصبغ إن بذلها المالك، وقد مال إليه المحقّق الثاني فيما يأتي، وجبر المالك بالأرش على ما تقولون ليس بأولى من جبر الغاصب بالقيمة، بل هو أولى، لأنّه كما أنّ وقوعه عدواناً لا يقتضي إسقاط مالية الغاصب فله التصرّف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لايقتضي نفي سلطان المالك عن ملكه، فله أن يمنع الغاصب عن التصرّف فيه بالقلع. وحيث تعارض الحقّان فالترجيح لجانب المالك لعدم تقصيره وجبر مظلمته وتداركه مال الغاصب بقيمته. وأمّا الغاصب فعادٍ ظالم مكلّف بأشقّ الأحوال

---

(١) المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٦٣.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٨.

(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٣.

(٤) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٧٣ ح ١.

سواء هلك الصبغ بالقلع ـ على إشكالٍ ـ أو لا، فإن تعيّب الثوب ضمن أرشه. ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول،

لا حرمة لسلطانه كما لا حرمة لفعله الّذي له أُجرة ونحوه ولا سيّما إذا استلزم ذلك نقصاً أو عيباً في مال المالك كما هو المفروض، فكانت مراعاته وتداركه لمال الغاصب بالقيمة أولى من مراعاة الغاصب وجبره لنقصان مال المالك بالأرش. قال في «المختلف»: من العجيب إيجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ وإن تعيّب الثوب (ثوبه ـ خ ل) وعدم قبول عوض الصبغ منه وإجبار الغارس المستعير الأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك إذا دفعها، مع أنّ المالك هنا أذن في الغرس ولا ضرر عليه ولا على أرضه في أخذ الغرس، والمالك هنا لم يأذن له في الصبغ وعليه ضرر في أخذه من ثوبه[1]. وهذا منه إلزام للشيخ ومَن وافقه على إجبار الغارس المستعير.

قوله: ﴿سواء هلك الصبغ بالقلع ـ على إشكال ـ أو لا، فإن تعيّب الثوب ضمن أرشه﴾ ظاهره أنّ الإشكال فيما إذا هلك الصبغ سواء نقص الثوب أم لا. وفي «الإيضاح» أنّه في هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب قال: وينشأ من النهي عن إضاعة المال ومن أنّه طلب عين ماله ولا ضرر على المالك فلا يمنع[2]. وقد عرفت أنّ الشرط قد طفحت به عباراتهم.

[فيما لو طلب المالك أو الغاصب ما لصاحبه بالقيمة]

قوله: ﴿ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول﴾

---

(١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨.

(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٧.

وكذا لو وهبه إيّاه.

إذا كان الغاصب الطالب فلا أجد خلافاً في عدم وجوب إجابته على المالك. نعم قد احتمل ذلك في «الكفاية[1]» ولم يحتمله غيره من الخاصّة والعامّة. وأمّا العكس فالمشهور كما في «جامع المقاصد» أنّه لا يجب على الغاصب القبول[2]. وبه صرّح في «المبسوط[3]» وغيره[4]. وفي «الكفاية» أنّه الأشهر[5]. وهو قضية كلام كلّ مَن قال: إنّه لو طلب الإزالة اُجيب إليها. وقد سمعت[6] كلام أبي عليّ والمصنّف في «المختلف» والمقداد وما حكيناه عن الأُستاذ وابن اُخته. وهو الّذي اعتمده في «التذكرة[7]» إذا كان لا يمكن فصل الصبغ ولا يحصل منه شيء مستنداً إلى أنّه لاذريعة إلى تصرّفه في ثوبه إلّا بدفع قيمة الصبغ. وفيه: أنّه يحتمل حينئذٍ أن يكون كقصارة الثوب كما تقدّم[8].

قوله: ﴿وكذا لو وهبه إيّاه﴾ أي لو وهب أحدهما ماله لصاحبه لم يجب عليه القبول، وقد صرّح في «المبسوط[9] والشرائع[10] والتذكرة[11] والدروس[12] وجامع المقاصد[13] والمسالك[14] والروضة[15]» بأنّ الغاصب إذا وهب الصبغ

(١ و٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥١.
(٢ و١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٩٩ و٣٠٠.
(٣ و٩) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٨.
(٤ و١٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٣.
(٦) تقدّم في ص ٢٦٧.
(٧ و١١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ٢٩ و٢١.
(٨) تقدّم في ص ٢٥٩.
(١٠) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(١٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(١٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٢.

ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس.

للمغصوب منه لم يجب عليه القبول. وفي «جامع المقاصد» لا أحسب فيه خلافاً[١] للأصل ولما فيه من مظنّة النقص والمنّة، وليس كبذل القيمة. واحتمل في «التذكرة» وجوب القبول[٢]. ولعلّه جيّد إذا لم يمكن الفصل، لأنّه يكون كالسِمن والقصر. ومنه يُعلم الحال فيما إذا وهب المالك الثوب للغاصب.

قوله: ﴿ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس﴾ يريد أنّه لو رغب الغاصب في بيع الصبغ على الغير لم يجبر المالك على موافقته، وإن رغب المالك في بيع ثوبه أُجبر الغاصب كما هو خيرة «التذكرة[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥]». أمّا الأوّل فلأنّه لو أُجبر المالك نافى مقتضى الحكمة والشرع فإنه لا يستحقّ المتعدّي بتعدّيه الإضرار بغير المتعدّي وإزالة ملكه عنه قهراً. وأمّا الثاني فلأنّه لو لم يجبر الغاصب أضرّ بالمالك، لأنّ بيع الثوب وحده مظنّة قلّة الراغب فيه لمكان عيب الشركة فيفضي إلى عسر البيع وقلّة القيمة. وهو قويّ متين قد بان وجهه ممّا سلف آنفاً. وهو ممّا يرشد إلى قوّة القول بإجبار الغاصب على أخذ القيمة إذا بذلها المالك، ونِعم ما قال في «جامع المقاصد[٦]» في المقام: إنّ ذلك لا يكاد يتّجه على القول بعدم تملّك ماله بالقيمة إذا لم يرض، لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا. فإن قيل: فيه جمع بين الحقّين ودفع للضرر عن المالك، قلنا في الأوّل ـ أي إجبار الغاصب على أخذ القيمة إذا بذلها المالك ـ: نقول هكذا، فإن قيل: الضرر هنا أقلّ إذ تعيّن إخراج الملك عنه لمالك معيّن

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٠.

(٢ و٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٤ س ١٧ و٣٣.

(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٣.

(٥) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٣.

ولو كانت قيمة كلٍّ منهما خمسةً وساوى المصبوغ عشرة إلّا أنّ قيمة الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة وانحطّت قيمة الصبغ إلى ثلاثة فللمالك سبعة.

ضرر*. قلنا: هو مقابل بضرر المالك فإنّ منعه من التصرّف في ملكه إلى أن يرضى الغاصب في أمرٍ تعدّي عليه به ضرر عظيم. وبالجملة: فقول المختلف لا يخلو من وجه، انتهى.

هذا وقد يلوح للمتأمّل المتدرّب من كلام «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والدروس[4]» أنّه لا يجبر الغاصب على البيع إلى الغير إذا رغب فيه المالك. ولاترجيح في «الكفاية» واحتمل فيها أيضاً أن لا يجبر أحدهما على موافقة الآخر لمكان الشركة وأن يجبر المالك للغاصب تسوية بين الشريكين[5]. وهذان أضعف وجوه الشافعية[6].

[فيما لو تغيّرت قيمة الثوب بالصبغ]

قوله: ﴿ولو كانت قيمة كلٍّ منهما خمسة وساوى المصبوغ

---

* ـ أي بخلاف ما إذا أراد بيعه على غير معيّن. (حاشية منه).

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٨ ـ ٧٩.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٩.
(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٢.
(٦) المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٦٣.

ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها، وللغاصب خمسها وعُشرها، وبالعكس، إذ النقص السوقي غير مضمون.

عشرة إلّا أنّ قيمة الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة وانحطّت قيمة الصبغ إلى ثلاثة فللمالك سبعة﴾ يريد أنّه لو صار الثوب يساوي سبعة والصبغ ثلاثة بعد أن كانت قيمة كلّ واحدٍ منهما خمسة وبيعا معاً، فللمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها، وللغاصب ثلاثة هي خمس العشرة وعشرها، لأنّ الحكم يتعلّق بما صارت القيمة إليه ولا أثر للخمسة بعد تغيّر السوق.

قوله: ﴿ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها﴾ وهما ثمانية وخمسان من اثنين، لأنّا نقسّط القيمة باعتبار استحقاق كلٍّ منهما من عشرة وقد كان للمالك منها نصف وخمس وهما سبعة كما تقدّم.

قوله: ﴿وللغاصب خمسها وعُشرها﴾ وهما ثلاثة وثلاثة أخماس من اثنين، لأنّه قد كان له من العشرة خمس وعشر.

قوله: ﴿وبالعكس إذ النقص السوقي غير مضمون﴾ أي لو انعكس الأمر كأن انخفض الثوب إلى ثلاثة وارتفع الصبغ إلى سبعة وقد كانت قيمة كلٍّ منهما خمسة فإنّه ينعكس الحكم المذكور، لأنّ نقص السوق غير مضمون إذا لم يستند إلى نقص في العين أو صفاتها. وقد ذكرت هذه المسائل جميعها في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2] والروضة[3]» وأشار إليها في «المسالك[4]» وقد تقدّم[5] لنا مثل ذلك.

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٠.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠١.

(٣) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٣.

(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢.

(٥) تقدّم في ص ٢٦٣ ـ ٢٦٥.

ولو مزج الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركا

[فيما لو مزج المغصوب بغيره]

قوله: ﴿ولو مزج الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركا﴾ أمّا أنّهما يتشاركان فيما إذا مزجه بالمساوي فهو خيرة «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والمختلف[4] والإرشاد[5] والدروس[6] وغاية المراد[7] وجامع المقاصد[8]». وفي «المسالك» نسبته إلى الأكثر[9]. وفي «مجمع البرهان» أنّه ظاهر، لأنّ عين مال المالك موجودة في الجملة[10] غايته أنّها ممتزجة بغيرها، وذلك لا يخرجها عن ملكه، ولأنّ في إثبات الشركة إيصال المالك إلى بعض حقّه وإلى بدل بعضه من غير زيادة فوّتت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكلّ.

وقال في «السرائر»: إنّه كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيته المخلوط، وإن شاء أعطاه من غيره مثل زيته. وقال: إنّه هو الّذي تقتضيه اُصول المذهب، لأنّ عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنّه لو طالبه بردّه بعينه لما قدر على ذلك[11]. قلت: هذا التخيير راجع إلى ضمان المثل. وردّه في «التذكرة» بأنّ

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٠.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ١٠.
(٤) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(٧) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٦.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٢.
(٩) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٥.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٤.
(١١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.

ذلك لا يوجب خروجها ـ أي العين ـ عن ملكه كما لو اختلط المالان بغير اختيارهما أو برضا المالكين وبأنّه لو غصب رطلاً من هذا ورطلاً من هذا وخلطهما وجعلناهما بذلك هالكين للزم انتقال الملك فيهما إلى الغاصب، وذلك تملّك بمحض التعدّي[1].

وأمّا تشاركهما إذا خلطه بالأجود فهو خيرة «التذكرة[2] والإرشاد[3] والمختلف[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6]» وقد حكاه ابن إدريس[7] والمحقّق[8] عن بعض أصحابنا، فيكون به قائل من المتقدّمين. وصريح «الدروس[9]» وكذا «المختلف[10] وجامع المقاصد[11]» أنّه يقسّم بينهما وإن كان مال الغاصب أجود. ولا ترجيح في «الشرائع[12] والمسالك[13] ومجمع البرهان[14] والكفاية[15]» وقال في «المبسوط»: إنّ الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره، فإن باعه قسّم الثمن بينهما على قدر الزيتين، والصحيح أنّ هذا كالمستهلك فيسقط حقّه من العين ويصير في ذمّة الغاصب، لأنّه قد تعذّر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمّة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله لأنّه قد تطوّع بخيرٍ من زيته لا لأنّه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره، انتهى[16].

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ١٠.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٤ و١٠) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨ و١١٧.
(٥ و٩) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(٦ و١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٢.
(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.
(٨ و١٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(١٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٤.
(١٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٢.
(١٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧٩ ـ ٨٠.

وبالأردأ يتخيّر المالك في المثل، والعين مع الأرش،

ونحوه ما في «السرائر[١]» وهو خيرة «التحرير[٢]».

حجّة المتأخّرين ومَن وافقهم ممّن تقدّم ـ كما تقدّم ـ أنّ الزيـادة الحـاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً فلا يسقط حقّ المالك من العين بسببها كما لو صاغ النقرة وعلف الدابة فسمِنت وعلّم العبد صنعةً والغاصب بغصبه أدخل الضرر والتكليف الزائد على نفسه، مضافاً إلى ما تقدّم في المزج بالمساوي.

وقد يكون المراد من قوله في «التذكرة والإرشاد» تشاركا أنّه إنّما يشاركه في أصل المال لا في الزيادة، فيكون الشأن في ذلك كما هو الشأن فيما إذا انهال صاع رجل قيمته درهم على صاع آخر قيمته درهمان فإنّهما يتشاركان ويـباعان إذا تعاسرا ويقسّم الثمن بينهما أثلاثاً، وإن أرادا قسمة عين الزيت على نسبة القـيمة ففي «التذكرة» الأقرب عندنا الجواز، لأنّ القسمة ليست بيعاً عندنا[٣]. وفيه: أنّها في هذه الصورة كأنّها بيع، لأنّه يكون أخذ ثلثي صاع في مقابلة صاع وهو رباً، فتأمّل. وإنّما خصّصنا «التذكرة والإرشاد» لأنّه لم يصرّح فيهما كغيرهما بأنّه يشاركه في الصفة. وحجّة الشيخ وجوابها يعلمان أيضاً ممّا تقدّم.

وكأنّه في «جامع المقاصد» لم يلحظ السرائر ولا المختلف ولا غاية المراد حيث قال في الردّ على الشيخ وابن إدريس: ولو ثبت ما قالاه في الأجود لورد مثله في المزج بالمساوي[٤]. وأنت قد عرفت أنّ ابن إدريس يجعلهما من سنخ واحد.

قوله: ﴿وبالأردأ يتخيّر المالك في المثل، والعين مع الأرش﴾ كما

---

(١) السرائر: في الغصب ج ٣ ص ٤٨٢.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ٢٤.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٢.

هو خيرة «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢] وتعليق الإرشاد[٣] والروضة[٤]» وهو أحد القولين في المسألة. وقد حكاه في «الشرائع[٥]» عن بعض أصحابنا. والثاني: أنّه إنّما يضمن المثل، لأنّه كالمستهلك. وهو خيرة «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والإرشاد[٨] والدروس[٩] واللمعة[١٠] ومجمع البرهان[١١]» ووجهه أنّه في حكم استهلاك العين لاختلاط كلّ جزءٍ من مال المالك بجزءٍ من مال الغاصب، وهو أدون من الحقّ فلا يجب قبوله فينتقل إلى المثل، فتأمّل.

ومنه يُعلم وجه الشقّ الأوّل في القول الأوّل. وأمّا وجه الشقّ الثاني فهو أنّ حقّه لا يسقط بالكلّية بفعل الغاصب مع إمكان التوصّل إلى البعض، والنقص في الخليط يجب جبره بالأرش فإنّه مقدّمة الواجب. وفيه: أنّه يلزم حينئذٍ الربا إن كان ربويّاً كما فيما نحن فيه، لأنّه ثبت في كلّ معاوضة عند جماعة كما تقدّم[١٢].

وظاهر «الشرائع[١٣]» حين نقل هذا القول أنّه يأخذ العين بغير أرش. ولم يرجّح فيها ولا في «المسالك[١٤]» ولا «الكفاية[١٥]» واحداً من القولين. ولو رضي المالك

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ١٨ ـ ٢٢.
(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٢.
(٣) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الغصب ص ٤٧٦ ـ ٤٧٧.
(٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٦.
(٥ و١٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٠.
(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٩) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٤.
(١٢) تقدّم في ص ١٧٩ ـ ١٨٢.
(١٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٦.
(١٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٢.

ولو مزجه بالشيرج فهو إتلاف وعليه المثل.

بدون حقّه منه لزم الغاصب دفعه، ولو اتّفقا على أن يأخذ أكثر من حقّه من الرديّ ودون حقّه من الجيّد لم يجز لأنّه رباً، إلّا أن يكون ذلك بعقد الصلح، ويجوز العكس فيأخذ دون حقّه من الرديّ وأكثر منه من الجيّد، إذ لا مقابل للزيادة وإنّما هي تبرّع، والأولى الصلح في الجميع.

قوله: ﴿ولو مزجه بالشيرج فهو إتلاف وعليه المثل﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] والروضة[٧]». وفي «الكفاية[٨]» أنّه أشهر، لأنّه تالف لبطلان فائدته وخاصّيّته بخلاف الجيّد مع الرديّ المتّفقين في الجنس. واحتمل في «التذكرة» قويّاً ثبوت الشركة كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما[٩]. ولعلّه لأنّ إسقاط حقّه من العين مع وجودها بعيد إلّا أنّه يشكل على تقدير القسمة الإجبارية فإنّا نكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب أو كلّفنا الغاصب بغير المثل في المثلي إن كان الطالب المالك، وكلاهما خارج عن قواعد الغصب لكنّه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب.

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٠.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٣ و ٩) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ٣٣ و ٣٤.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(٧) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٧.
(٨) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٢.

ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف، بل يلزم بالفصل والالتقاط وإن شقّ.

ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه أُلزم بالعين وإن أدّى إلى الهدم.

قوله: ﴿ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف، بل يلزم بالفصل والالتقاط وإن شقّ﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والتذكرة[٤] واللمعة[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧]» وهو قضية كلام «الدروس[٨]» وغيره[٩]. ووجهه ظاهر إن أمكن وإن طال الزمان، وإن لم يمكن تمييز الجميع وجب تمييز ما أمكن، والّذي لا يمكن تمييزه يقسّم إن كان مال الغاصب أعلى قيمةً أو مساوياً، وإن كان أدون ضمن المثل كما هو قضية التقييد بالإمكان في «التذكرة[١٠]» وعليه نبّه في «التحرير[١١] والدروس[١٢]» ولا تغفل عمّا مرّ آنفاً. وكذلك الحال فيما إذا اتّحد الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء.

[فيما لو أدخل الخشبة المغصوبة في بنائه]

قوله: ﴿ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه أُلزم بالعين وإن

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨١.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.
(٣ و ١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.
(٤ و ١٠) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ٣٨ ـ ٤٠.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦.
(٦) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٧.
(٧) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٥.
(٨ و ١٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩ و ١١٠.
(٩) كرياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٠.

أدّى إلى الهدم﴾ كما في «الخلاف[١] والمبسوط[٢] والسرائر[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والدروس[٧] والمسالك[٨]» بل لا خلاف فيه إلّا من الكوفي[٩] وتلميذه الشيباني[١٠] فإنّهما قالا: إنّه يملكها ولا يجب عليه ردّ الساجة ويلزمه قيمتها.

ووجه ما عليه الأصحاب وجمهور العامّة واضح، لأنّه بنى على ملك الغير ظلماً وعدواناً فيجب ردّه فوراً فكيف يزول به ملك المالك؟ فإذا استخرجها وجب عليه ردّ اُجرتها من حين الغصب إلى حين الردّ، وإن نقصت لزمه أرش النقص، ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها. وهل يجبر حينئذٍ على إخراجها؟ وجهان. وفي «المسالك» أنّ ظاهرهم عدم الوجوب وأنّها تنزّل منزلة المعدومة[١١]. قلت: قد صرّح به في «المبسوط[١٢] والدروس[١٣]» ويظهر ذلك من جماعة في مسألة الخيوط كما يأتي[١٤]. ولو قيل[١٥] بوجوب إخراجها وإعطائها المالك كان جيّداً وإن جمع بين القيمة والعين، ولمّا كانت العين في حكم المعدومة في هذا المقام وما بعده ـ لأنّه لا يمكن إيصالها إلى مالكها كما هي ـ لم يعتبروا القيمة للحيلولة وأخذ اُجرتها كما قالوه في العبد كما تقدّم[١٦].

فرع

قال في «المبسوط» إذا خاف وقوع حائط جاز له أن يأخذ جذع غيره بغير

---

(١) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٨ مسألة ٢٢.

(٢ و١٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٦ و٨٧.

(٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٤.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٥ س ٤١.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٧.

(٧ و١٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩.

(٨ و١١ و١٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ولواحقها ج ١٢ ص ١٧٥ و١٧٦.

(٩ و١٠) الفتاوى الهندية: في الغصب ج ٥ ص ١٢٤ ـ ١٢٥، المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٧٠.

(١٤) سيأتي في ص ٢٨٦ ـ ٢٩٠.

(١٦) تقدّم في ص ١٨٤ ـ ١٨٥.

ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه،

أمره فيسنده بلاخلاف[١]. وفي «الشرائع[٢] والمختلف[٣]» في دعوى الإجماع نظر، لأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلا يكون سائغاً. واقتصر المصنّف فيما يأتي[٤] على نسبة الحكم إلى القيل. وظاهر «الدروس» موافقته والعمل به، قال: نقل الشيخ فيه الإجماع، وحينئذٍ فالأقرب ضمان عينه وأُجرته وإن انتفى الإثم[٥]. ولعلّه لا وجه للمناقشة له وقولهم[٦] «أن لا موافق له» وهو متّجه مقطوع به فيما إذا خيف وقوعه على نفسٍ محترمة بحيث لا يندفع إلّا به، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، فإتلاف منفعته أولى. وهذا مراد الشيخ، وهو إجماعي بين المسلمين، وبه يشعر تعليله حيث قال[٧]: إنّ مراعاة المصالح الكلّية أولى من الجزئية مع التعارض، وما كان ليريد ذلك بدون ذلك مع دلالة العقل والنقل على المنع من التصرّف في مال الغير بغير إذنه بدون حفظ النفس. ولعلّه لمّا كان ظاهره نفي الخلاف بين المسلمين سمّوه إجماعاً.

[فيما لو رقع باللوح المغصوب سفينته]

قوله: ﴿ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٦.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٣) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٤.
(٤) سيأتي في ص ٣٦٩.
(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩.
(٦) كما في مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ولواحقها ج ١٢ ص ٢٤٤.
(٧) لم نعثر على قول الشيخ، نعم حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٨، والفخر في الإيضاح: في الغصب ج ٢ ص ١٩٥.

وإن كانت في اللجّة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب.

على الساحل أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه﴾ الوجه في ذلك كلّه واضح، لأنّه لا يخاف من النزع إهلاك نفس محترمة ولا مال فكان حينئذٍ كالبناء، ولذلك ترك القيدين في «الشرائع [1]» وإن كان نصّ على الجميع في «المبسوط [2] والتذكرة [3] والتحرير [4] والدروس [5] والمسالك» وخلاف أبي حنيفة آتٍ هنا [6].

قوله: ﴿وإن كانت في اللجّة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب﴾ كما هو صريح «التذكرة [7] وجامع المقاصد [8] والمسالك [9] والروضة [10]» وظاهر غيرها [11]. وفي «مجمع البرهان» أنّه لا خلاف في أنّ حفظ النفس مقدّم على ردّ المال [12]. والمراد بالحيوان المحترم ما لا يجوز إتلافه مطلقاً أو بغير الذبح. وحينئذٍ فلا فرق بين الآدمي وغيره ولا في غيره بين أن يكون للغاصب أم لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتي من الخبر

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٦.

(٣ و ٧) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٥ ـ ٧.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٧.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٦ و ٩) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٦.

(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٤.

(١٠) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٣٦.

(١١) كرياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٦٩.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢١.

ولو كان له فالأقرب العين.

النبوي[1] كما هو ظاهر الكتاب وصريح «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» ولا فرق في مال غير الغاصب ومَن لا يعلم أنّ فيها لوحاً مغصوباً غير الحيوان بين نفس السفينة أو غيرها لاحترام مال الغير إذا لم يكن عالماً، فيجمع بين الحقّين بدفع القيمة، فإذا استرجع اللوح ردّ القيمة. وأمّا الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما في الكتب الثلاثة[5]. واحتمل في «الإيضاح» في أصل المسألة أخذ العين، لأنّها وضعت بغيرحقّ فيثبت جواز انتزاعها، وإلّا لجاز دوام الغصب شرعاً، وهو محال[6]. وهو ضعيف كما في «جامع المقاصد[7]».

قوله: ﴿ولو كان له فالأقرب العين﴾ كما هو خيرة «التحرير[8] والإيضاح[9] والدروس[10] وجامع المقاصد[11]» وهو قضية إطلاق «الخلاف[12] والشرائع[13]». وفي «المسالك» نسبته إلى صريح الأكثر[14]، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على

---

(١) لم نعثر فيما يأتي على نقل نبوي يصرّح باحترام روح الحيوان. نعم سيأتي نقل نبويّ يدلّ على النهي عن ذبح الحيوان إلّا لأكله، فإن كان المراد هو هذا ولعلّه غير بعيد لدلالته على حرمة تلف الحيوان بلا استفادة فهو، وإلّا فلم نجد ما أشار اليه الشارح، فراجع ص ٢٨٩ و٢٩٦.

(٢) تذكره الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٧.

(٣ و٧ و١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٤.

(٤ و١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٧، وجامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٤، ومسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٧.

(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٧.

(٩) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨.

(١٠) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩.

(١٢) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٠٨ مسألة ٢٢.

(١٣) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان،

الفور ولا يتمّ إلّا به، وقد أدخل الضرر على نفسه بعدوانه، على أنّه لا يناسبه التخفيف.

واختير في «المبسوط[1] والتذكرة[2]» وظاهر كلام «السرائر[3]» أنّه لا ينزع، لأنّ السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائه إلى الشطّ، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسّر الفصل وردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص وتستردّ القيمة جمعاً بين الحقّين، ولا كذلك الساجة في البناء فإنّه لا أمد لها فينتظر، فافترقا. وقد وسمه في «جامع المقاصد» بالضعف، والتضعيف ضعيف إذا استلزم القبح والضرر الفاحش مع إمكان الجمع بين الحقّين كما حرّر ذلك في باب وجوب المقدّمة فليتأمّل جيّداً، ولا ترجيح في «المسالك[4]».

وعلى الأوّل فقد قال في «التذكرة» لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب ولم يوقف على اللوح إلّا بفصل الكلّ ففي جوازه إشكال، وللشافعية وجهان[5]، وفي «المسالك» أجودهما ذلك لتوقّف الواجب عليه[6]. وفيه ما عرفت آنفاً من أنّ ذلك إذا لم يستلزم قبحاً أو ضرراً فاحشاً فليتأمّل جيّداً لمكان الغصب. والقولان آتيان في مال العالم بأنّ فيها لوحاً مغصوباً.

[فيما لو خاط الغاصب ثوبه بخيوط مغصوبة]

قوله: ﴿لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان﴾

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٦ ـ ٨٧.

(٢ و ٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ١١ و ١٣.

(٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٤.

(٤ و ٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٧.

فإن خيف تلفها لضعفها فالقيمة.

كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] ومجمع البرهان[٦]» وهو معنى قوله في «التذكرة[٧]»: الحكم فيه كالحكم في البناء على الساجة. والوجه فيه ظاهر ممّا مرّ كالوجه في أنّه يضمن ما يحدث من نقصٍ إن اتّفق. وقد نصّ عليه في الكتب المذكورة[٨]. وفي حكم الثوب ما كان نحوه.

قوله: ﴿فإن خيف تلفها لضعفها فالقيمة﴾ كما في «الشرائع[٩] والتحرير[١٠] والمسالك[١١] ومجمع البرهان[١٢]» ولا تخرج بذلك عن ملك المالك، فيجب إخراجها لو طلبها وإن لم يبق لها قيمة كما في «جامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤]» ويجمع له بين العين والقيمة كما مرّ من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين. ولو استوعبت القيمة أخذها ولم يدفع العين، ولكن ظاهر «التذكرة[١٥] والشرائع[١٦] والتحرير[١٧]» وصريح «المبسوط[١٨] ومجمع البرهان[١٩]» أنّه لا يجب إخراجها، بل قال في الأخير: بل يمكن أن يقال إنّه لا يجوز، ومعناه وإن طلبها المالك، وحينئذٍ فيمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخيط بها، إذ لاغصب فيه يجب ردّه كما قالوا[٢٠]: إنّه يجوز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الّذي

(١ و١٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٦ ـ ٨٧.

(٢ و٩ و١٦) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٣ و١٠ و١٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٧ و٥٢٨.

(٤ و١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٤ و٣٠٥.

(٥ و١١ و١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٨.

(٦ و١٢ و١٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢٠ و٥٢١.

(٧ و١٥) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ١٤ و١٥.

(٨) نفس المصادر الستّة السابقة، أي المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة.

(٢٠) منهم أبو العبّاس ابن فهد الحلّي في جوابات المسائل الشامية الأُولى (الرسائل العشر): في ←

وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة، إلّا مع الأمن من التلف والشَين.

حصل العلم به بعد الغسل وقبل المسح.

[فيما لو خاط بخيوط مغصوبة جرح حيوان]

قوله: ﴿وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة، إلّا مع الأمن من التلف والشَين﴾ قد صرّح بالحكم في المستثنى منه في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]» لمكان حرمة ذي الروح، وفي المستثنى في «المبسوط[10] والشرائع[11] والتذكرة[12] والدروس[13] وجامع المقاصد[14]» وعليه نبّه في «التحرير[15] ومجمع البرهان[16]» لوجوب الردّ على الفور وانتفاء المحذور.

وتحرير المقام أن يقال: إذا خيط به جرح حيوان فهو إمّا محترم أو غير محترم، وكلٌّ منهما إمّا آدمي أو غيره.

← باب الطهارة ص ٣٤٤، والسيّد محمّد في المدارك: في الخلل الواقع في الصلاة ج ٤ ص ٢١٣، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢١.

(١ و١٠) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٧.

(٢ و١١) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٣ و١٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ١٥ ـ ٢٣.

(٤ و١٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٥.

(٦ و١٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٧ و١٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٥.

(٨) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٨.

(٩ و١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢١.

فالآدمي المحترم سواء كان هو الغاصب أم غيره إذا كان جاهلاً بغصب الغاصب له أذن له أم لم يأذن حتّى خيف من نزعه هلاكه أو غيره من المحذور المجوّز للتيمّم من مرضٍ أو شَينٍ لم ينزع وعلى الغاصب قيمته، وإن كان الّذي خاط الغاصب جرحه به عالماً بالغصب آذناً بالخياطة فوجهان، أجودهما أنّ القيمة على الغاصب المباشر للإتلاف، والمجروح لايصير بالإذن مباشراً. وبه قال أو إليه مال في «جامع المقاصد[1]» وظاهر «التذكرة[2]» التأمّل فيما إذا كان جاهلاً بالغصب لكنّه أذن حيث جعله كما لو أطعم المالك طعام نفسه جاهلاً.

وأمّا الآدمي الغير المحترم كالمرتدّ عن فطرة فالأقرب كما في «التذكرة[3] والايضاح[4]» أنّه يجب إخراجه وإن خيف منه التلف. وبه جزم في «التحرير[5]» وهو في محلّه، وتوقّف فيه في «جامع المقاصد» كالمصنّف كما ستسمع. وكذلك الحال لو طرأت الردّة على الخياطة. وحكم الحربي حكم المرتدّ نصّ عليه في «التذكرة» واستشكل في الزاني المحصن والمحارب[6]. ولعلّه لأنّ حدّهما وظيفة الإمام ونوّابه وإن كانا غير معصومي النفس، ويزيد المحارب أنّه على القول بالترتيب لايُقتل في بعض الأحوال وإن كان محارباً.

وأمّا غير الآدمي المحترم فإن كان غير مأكول اللحم فالحكم فيه كالآدمي، لأنّه لا ينتفع به مع ذبحه، ومنه كلب الصيد والزرع والماشية كما يأتي، وإن كان مأكول اللحم لغير الغاصب فكذلك لاحترام روحه، وإن كان للغاصب فظاهر

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٥.

(٢ و٣ و٦) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ١٦ و٢٣ و٢٤.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.

ولو مات المجروح أو ارتدّ ففي النزع إشكالٌ من حيث المُثلة.

«الكتاب والمبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والدروس[٥]» وصريح «المسالك[٦]» وكذا «التذكرة» أنّه كذلك، لأنّ للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يؤمر بالإنفاق عليه ويمنع من إتلافه، فإذا لم يقصد بالذبح الأكل منه منع منه[٧]، وقد روي أنّه صلى الله عليه وآله نهى عن ذبح الحيوان إلّا لأكله[٨]. وهو أظهر قولي الشافعي، والقول الآخر أنّه يذبح ويردّ الخيط، لأنّه جائز الذبح[٩]. وكأنّه قال به المولى الأردبيلي قال: وما يجوز إتلافه مثل الحيوان الّذي قد هيّئ للذبح والأكل مثل غنم مسمن فإنّه ينزع ويردّ إلى مالكه[١٠]. وقد لايكون مخالفاً ولا ترجيح لأحد الوجهين أو القولين في «جامع المقاصد» حيث قال: كلٌّ محتمل[١١].

وأمّا غير الآدمي الغير المحترم كالكلب العقور والخنزير فإنّه ينزع منه من غير مبالاة كما في «المبسوط[١٢]» وغيره[١٣]. ونصّ في «التذكرة» على أنّ كلب الصيد والماشية والزرع لايجوز النزع منه، قال: وبه قال بعض الشافعية[١٤].

قوله: ﴿ولو مات المجروح أو ارتدّ ففي النزع إشكالٌ من حيث

(١ و١٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٧.

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٣٩.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٨.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٥.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١٠٩.

(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ١٧٩.

(٧ و١٣ و١٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج٢ ص٣٩٦ س١٨ ـ ٢٠ و٢٢.

(٨) تلخيص الحبير: ج ٣ ص ٥٥ ح ١٢٧٢.

(٩) المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٦٨، الحاوي الكبير: في الغصب ج ٧ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٢١.

(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٥.

ولو أدخل فصيلاً في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر إخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها.

المُثلة﴾ المنهيّ عنها ومن وجوب ردّ الملك إلى مالكه، وقد عرفت الحال في المرتدّ. والمحقّق الثاني متوقّف فيهما[1]. وفي «الإيضاح» أنّ الأولى[2] فيهما أنّه يجب النزع، وما زاد في «الدروس» على قوله: ولو مات الحيوان قيل لا ينزع للنهي عن المثلة[3]، ولم يتعرّض للمرتدّ.

فرع

هل يجوز غصب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال؟ قال في «التذكرة» الوجه ذلك في كلّ موضع لا يجوز فيه النزع، وكلّ موضع يجوز فيه النزع لا يجوز[4].

[فيما لو أدخل شيئاً في بيته وعسر إخراجه]

قوله: ﴿ولو أدخل فصيلاً في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر إخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها﴾ إذا أدخل فصيلاً بيته بتفريط منه عمداً أو سهواً أو يظنّ أنّه له ولم يمكن إخراجه إلّا بنقض الباب نقض الباب، ولا غرم على صاحب الفصيل، لأنّه لم يوجد منه عدوان. ووجهه ظاهر كما في

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.
(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨.
(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في أحكام صبغ المغصوب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٢٥.

ولو لم يكن بفعله غُرّم صاحب الفصيل والدينار الأرش، سواء كان بفعله أو لا.

«مجمع البرهان[١]». وفي «المسالك» أنّه لا إشكال فيه[٢]. وقد نصّ عليه في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] وجامع المقاصد[٨]» ولا فرق في ذلك بين كون الفصيل أنقص قيمة من نقض الباب وهدمه أو لا. وكذلك الحال لو أدخل ديناراً في محبرته كذلك ـ أعني عمداً أو سهواً أو غلطاً ـ وعسر إخراجه بمعنى أنّه لم يمكن إلّا بكسر المحبرة فإنّها تكسر، وقد نصّ على ذلك في «المبسوط[٩] والتذكرة[١٠] وجامع المقاصد[١١]».

قوله: ﴿ولو لم يكن بفعله غُرّم صاحب الفصيل والدينار الأرش، سواء كان بفعله أو لا﴾ أي ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار أرش نقض الباب وكسر المحبرة، سواء كان بفعله أم بفعل غيره كأن أدخله ظالم أو دخل بنفسه. وقد نصّ على ذلك كلّه في مسألة الفصيل في «المبسوط[١٢]» والكتب الخمسة[١٣] الّتي ذكرت بعده آنفاً، لأنّه إنّما نقض لتخليص

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٨.
(٢) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤١.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٤.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٥ و ١٠) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ١١ و ٢٧.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٩.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٨ و ١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.
(٩ و ١٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٤.
(١٣) أي شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج٣ص٢٤٨، وتذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج٢ص٣٩١س٢٥، وتحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٩، وإرشاد ←

ملكه. وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ الوجه في ذلك ظاهر.

وفي «المسالك[2]» أنّه لا إشكال في ذلك إذا كان بفعله بغير إذن صاحب البيت وإن كان بغير فعله أو بإذنه فالمشهور ذلك. قلت: ما خالف فيه أحد ممّن تعرّض له، وإنّما خالف فيه بعض الشافعية قال: لا يضمن صاحب الفصيل شيئاً، لأنّه لا تفريط منه[3]. وقد أخذه صاحب «المسالك» فقال: ويشكل بأنّ التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما، بل هو الأغلب، وقد تكون مختصّة بصاحب الدار بأن لا يكون لصاحب الدابّة حاجة إلى إخراجها لصغرها أو لعدم صلاحيّتها للانتفاع بوجهٍ من الوجوه وصاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابّة عاجلاً والغرض انتفاء التفريط[4].

قلت: الظاهر أنّ الحكم في كلامهم مبنيّ على الغالب من أنّ بقاءه في الدار مظنّة تلفه وهلاكه فيجب إخراجه على مالكه لمكان احترام نفسه، فالمقصود بالقصد الأوّل ـ أي أوّلاً وبالذات ـ خلاص الحيوان وحاجة صاحب الدار لموضع الدابّة جاء بالتبع. وحينئذٍ فلو طلب ذبحه وإخراجه قطعاً من دون نقض الباب أُجيب إليه، إلّا أن يفسد شيئاً من الأرض بالدم ويمتع المالك منه فلا يجاب، على أنّ لنا تأمّلاً في أصل الحكم كما يأتي في مسألة القدر[5].

وقال في «التحرير» في مسألة ما إذا ابتلع الحيوان جوهرةً ومسألة الفصيل وما معه: أنّه لو قال مَن عليه الضمان: أنا أُتلف مالي ولا أُغرم شيئاً فله ذلك[6]. وفيه: أنّه إذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورة التفريط وحفظ نفس الحيوان كيف يستقيم ذلك؟ هذا وقد يكون ما في التحرير مختصّاً بكلامه الأخير، وهو ما إذا ابتلع

← الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨، وجامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٨.

(٢ و ٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤١ و٢٤٢.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ١٦.

(٥) سيأتي في ص٢٩٦ ـ ٢٩٧. (٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠.

الحيوان جوهرةً فيوافق ما في «التذكرة» لأنّه قال فيما إذا ابتلع جوهرة كما حكيناه عن التحرير، وقال فيما إذا أدخلت دابّة رأسها في قدر الغير أنّه لا يجاب إذا قال: أنا أُتلف مالي ولا أُغرم شيئاً[1]. وقد نصّ على ذلك كلّه أيضاً ـ أي ما في الكتاب ـ في مسألة الدينار في «المبسوط[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد» وقيّد في الأخير بما إذا لم يكن صاحب المحبرة غاصباً للدينار[4]. ووجه القيد واضح، لأنّ الغاصب يجب عليه إيصال الملك إلى مالكه وجميع المؤن عليه. وهو جارٍ أيضاً في صاحب البيت، وإنّما يحتاج إلى التوجيه ضمان صاحب الدينار أرش كسر المحبرة في صورة ما إذا وقع فيها من دون تفريط من أحدهما، فقد قالوا: إنّه لتخليص ملكه، وهما مشتركان في ذلك كما مرّ مثله عن صاحب «المسالك». وقد يوجّه بأنّ تركه يضرّ بصاحب المحبرة، فإذا غرم صاحبه كسرها فلا ضرر على واحدٍ منهما. وفيه: أنّ الضرر يندفع عنهما أيضاً بما إذا ضمن صاحب المحبرة الدينار وأبقاه فيها من دون كسرٍ لأحدهما كما لعلّه يُفهم من كلام «الدروس» فيما يأتي[5]. ولا يجيء ذلك في صاحب البيت بالنسبة إلى الفصيل، لأنّ بقاءه فيه يقضي بهلاكه ونفسه محترمة، والجماعة قد أطلقوا الكلمة كما عرفت.

وليعلم أنّ كلامهم في المقام يوافق كلامهم في باب الوديعة[6] فيما إذا حمل السيل حبّاً إلى أرض الغير وكلامهم في باب الديات[7] فيما إذا دخلت دابّته زرعه المحفوف

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩٢ و٣٩١ س ٣ و١٨ ـ ٢٣.

(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٤ ـ ٩٥.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.

(٥) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٦) منهم الشيخ في المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٦، والعلّامة في المختلف: في العارية ج ٦ ص ٧٩، والبحراني في الحدائق: في العارية ج ٢١ ص ٥١٧.

(٧) منهم العلّامة المصنّف في القواعد: في الديات ج ٣ ص ٦٥٧، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الديات ج ٤ ص ٦٦٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الديات ج ١١ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن إخراجه بكسره هو كُسر.

بزرع الغير، وقد ذكرنا هناك[١] أنّه يلحظ الأكثر ضرراً فيجبر الآخر على الإزالة، فإن تساويا أُجيب من بذل الأرش وأُجبر الآخر، فإن تساويا أو امتنعا فالقرعة.

قوله: ﴿ولو نقصت قيمةالدينار عن قيمة المحبرة وأمكن إخراجه بكسره هو كُسر﴾ كما في «جامع المقاصد[٢]» وهو مفهوم كلام «الدروس» وستسمعه. وفي كلام «التذكرة[٣]» ما ينبّه عليه. ووجّهه في الأوّل بوجوب ارتكاب أخفّ الضررين عند التعارض، وقال: هذا إذا لم يكن محبرة الغاصب، وقضيّته أن لا تفريط من صاحب المحبرة[٤]. وبه يقيّد إطلاق الكتاب، ويكون المراد من كلامه الأوّل لما تضمّن أنّه إذا لم يكن تقصير من صاحب المحبرة أنّها تكسر ويغرم صاحب الدينار أرشها أراد أن يبيّن هنا أنّه لو نقصت قيمته عن قيمتها وأمكن إخراجه بكسره كسر، وقضيّته أنّه لو لم تنقص قيمته كسرت. ولم يستبعد في «جامع المقاصد» كسر الدينار سواء زادت قيمته أو نقصت، لأنّه يقبل العلاج والإصلاح بسرعة وسهولة، إذ ليس إلّا تجديد السكّة بخلاف المحبرة، قال: نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتّجه كسرها وضمان الأرش[٥]، انتهى. وهذا أيضاً يقضي بأنّه لم يكن بتفريط صاحب المحبرة.

وقال في «الدروس[٦]» لو أدخل ديناراً في محبرته وكانت قيمتها أكثر ولم يمكن كسره لم تكسر المحبرة وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه، انتهى.

---

(١) سيأتي في ج ١٠ ص ٣١٣ ـ ٣١٤ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٢ و٤ و٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ٢٨ ـ ٣٠.

(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.

ولو أدخلت دابّة رأسها في قدر واحتيج إلى الكسر، فإن كانت يد مالك الدابّة عليها أو فرّط في حفظها ضمن، وإن لم تكن يده عليها، فإن فرّط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كُسرت ولا شيء له،

ومفهومه كما قلناه بل كلامه يدلّ عليه بالأولوية، ويحمل قوله «أدخل» على أنّه كان بإذن مالك الدينار لكن يكون قوله «مع عدم تفريط مالكه» للإيضاح، فتأمّل. وقال في «التذكرة»: لو غصب شخص ديناراً فوقع في محبرة الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت ليردّه وعلى الغاصب ضمان المحبرة، لأنّه السبب في كسرها وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر[1].

[فيما لو أدخلت دابّة رأسها في قدر]

قوله: ﴿ولو أدخلت دابّة رأسها في قدر واحتيج إلى الكسر فإن كانت يد مالك الدابّة عليها أو فرّط في حفظها ضمن، وإن لم تكن يده عليها، فإن فرّط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كُسرت ولا شيء له﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]» وهو الّذي

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ٢٨ و ٣٢.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٣.
(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٩.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٧.
(٧) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٢.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٧ ـ ٥٥٨.

ولو انتفى التفريط عنهما كُسرت وضمن صاحب الدابّة لأنّ ذلك لمصلحته.

أوجز في كلام «الإرشاد[1] والدروس[2]» ولعلّه لمّا أراد في «الشرائع[3]» المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع في كلامه مسامحة لا تخلّ بالحكم، والمراد بضمان صاحب الدابّة على تقدير تفريطه ضمان القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة وضمان الأرش إن كان لمكسوره قيمة، لكنّه في «التذكرة» فصّل فقال: إن كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها ووجب كسر القدر وضمن صاحبها أرش نقصان القدر، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر؟ الأقرب ذبحها، لأنّه ينتفع بلحمها فيقلّ الضرر على صاحبها[4]. وقال في «الدروس» لو كان كسرها أكثر ضرراً من قيمة الدابّة أو أرشها احتمل أن تذبح الدابّة[5]. وقضيّته أنّها تذبح ولو كانت غير مأكولة اللحم ترجيحاً لأخفّ الضررين. ولعلّ إطلاق الباقين لما تقدّم[6] من أنّ للحيوان حرمة في نفسه، وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وآله عن ذبح الحيوان لغير أكله فلا يجوز إتلافه لذلك مأكولاً كان أو غير مأكول، فتأمّل[7].

قوله: ﴿ولو انتفى التفريط عنهما كُسرت وضمن صاحب الدابّة

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(٢ و٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٠.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ٣٣.

(٦) تقدّم في ص ٢٨٥ ما يتعلّق بذلك، فراجع.

(٧) لا يخفى أنّ ما ذكره المصنّف في المسألة هو الّذي يوجبه التحقيق الصحيح، وفي المسألة فروع وشعب من أراد الاطّلاع عليها فليراجع ما حقّقناه في تحقيق قاعدة لا ضرر المسمّى بـ «رفع الغرر عن قاعدة لاضرر» حيث فصّلنا القول فيما إذا تعارض الضرران وبيّنّا هناك بما لا مزيد عليه، فليراجع.

لأنّ ذلك لمصلحته﴾ كما في «المبسوط [١]» وجميع ما ذُكر [٢] بعده عدا المسالك. وقد سمعت احتمال «الدروس». قال في «المسالك»: إنّه المشهور، لكنّه يشكل مع عدم التفريط تضمين صاحب الدابّة، لأنّ المصلحة قد تكون مشتركة وقد تكون مختصّة بصاحب القدر أو غالبة خصوصاً إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمةً فإنّ حفظ القدر مصلحة لمالكها، وقد تكون قيمة القدر أو أرشه يزيد عن قيمة الدابّة على تقدير إتلافها، فإلزام صاحب الدابّة زيادةً عن قيمة دابّته بعيد، وأيضاً فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها، وكون المقصود خلاص الحيوان لأنّه ذو روح لا يتمّ مطلقاً، لأنّه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعيّن تخليصه ببقائه فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفريط، انتهى [٣].

وكلّ ذلك ليس بشيء في نظر الشيخ والجماعة وأكثر العامّة خصوصاً إذا كان الحيوان غير مأكول، لأنّ للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى صلى‌الله‌عليه‌وآله عن ذبحه لغير أكله كما تقدّم [٤]، وإنّما يذكرون ما تمسّك به في المسالك احتمالاً غير موصوف بقوّة ولاقرب إلّا ما سمعته عن التذكرة [٥] في مأكول اللحم. نعم قال في «جامع المقاصد» في بيان وجه عدم الاشتراك في المصلحة كما يأتي: إنّ فيه ما فيه. وفيه ما فيه ومعنى اشتراكهما في المصلحة حيث تكسر القدر أنّ تخليص ما يبقى من القدر بعد الكسر يحصل بالكسر فيشتركان في المصلحة فيكون الأرش بينهما، أمّا لو لم يبق لمكسور القدر قيمةً فإنّ الإتلاف يكون لمحض تخليص الدابّة. والجواب عن ذلك مثل ما تقدّم [٦] في مسألة الفصيل من أنّ ما يبقى من القدر غير مقصود بالذات، وإنّما

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٤.
(٢) أي ما ذكره من المصادر في الصفحة المتقدّمة.
(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٣.
(٤) تقدّم في الصفحة السابقة وص ٢٩٠.
(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.
(٦) تقدّم في ص ٢٩١ ـ ٢٩٤.

ولو نقصت قيمته لعيبٍ ثمّ زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة.

المقصود أوّلاً وبالذات خلاص نفس الحيوان. وما ذكره في المسالك في بيان الاشتراك في المصلحة واختصاصها بصاحب القدر لم يتّضح لنا وجهه، لأنّه إن أراد بالمصلحة في قوله «لأنّ المصلحة» المصلحة في التخليص بكسر أو غيره كان فيه ما لا يخفى، ولم يتّجه قوله «خصوصاً ... إلى آخره» وإن أراد المصلحة في الكسر كما هو صريح كلام الجماعة [1] فليس هناك إلّا الاشتراك كما بيّنّاه، ولا يتصوّر اختصاصها بصاحب القدر، ولا يصحّ قوله «خصوصاً» فليلحظ ذلك فإنّه ربّما دقّ.

ولو فرطا معاً كسرت القدر أيضاً وضمن صاحب الدابّة، لأنّه لمصلحته كما لو لم يفرّط نصّ عليه في «التذكرة [2]» وحكاه عنها في «جامع المقاصد [3]» ساكتاً عليه، لكن في «مجمع البرهان» لو كان كلاهما مفرّطين فلا ضمان [4].

قوله: ﴿ولو نقصت قيمته لعيبٍ ثمّ زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة﴾ أي بعد الزوال، وهذا قد تقدّم التنبيه عليه في أواخر الفصل الثاني [5] عند قوله «ولا يجبر المتجدّد من الصفات ما خالفه من التالف» وحكيناه هناك وحكينا عن المبسوط وغيره فيما إذا كان سميناً فهزل ثمّ سمن أنّ الثاني يجبر الأوّل. وعن «التذكرة» وغيرها أنّه لا يجبره وأنّه يضمن، لأنّ الثاني مالٌ متجدّد للمالك والأوّل مالٌ ذاهب، والخلاف آتٍ هنا فيقال: إنّ العيب موجب

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٤، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٩، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في النقصان ج ٢ ص ٣٩١ س ٣٦.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٨.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٨.
(٥) كذا في ساير النسخ والصحيح «الأوّل».

الفصل الثالث: في تصرّفات الغاصب

ويحرم عليه كلّ تصرّف سوى الردّ، فلو وطئ الجارية جاهلَين بالتحريم فعليه مهر أمثالها،

للأرش، ولا دليل على سقوطه ونظر المصنّف إلى أنّ الأصل عدم الضمان ولا إجماع إلّا في المتغايرين كما تقدّم بيان ذلك كلّه[1]، وعنوان المسألة أنّ الزائل هل ينجبر بالعائد أم لا؟

﴿الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب﴾

[في حرمة جميع تصرّفات الغاصب إلّا الردّ]

قوله: ﴿ويحرم عليه كلّ تصرّف سوى الردّ﴾ هذا صريح في أنّ الرد ليس بحرام وإن كان حينه غاصباً ظالماً ضامناً لأنّ التحريم يمتنع لكون الرد واجباً. وبه صرّح في «جامع المقاصد[2]» وقد تقدّم بيان ذلك عند قوله «ويجب عليه الردّ»[3] وحكينا عن جماعة في مثله كالزاني والداخل دار الغير غصباً والمرتدّ عن فطرة أنّهم قالوا: إنّ كلّاً منهم مكلّف بما لا يطاق كما تقدّم تفصيله هناك، ثمّ إنّه لا معنى للاقتصار على الردّ بل غيره مثله ممّا يتعلّق بحفظ العين كسقيها وعلفها وإزالة ما يضرّ بها.

قوله: ﴿فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها﴾ كما في «المبسوط[4] والسرائر[5] والشرائع[6] والتحرير[7]

---

(١) تقدّم في ص ٢٥٠ ـ ٢٥٢.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٩.

(٣) تقدّم في ص ٢١١ ـ ٢١٥.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٥) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩.

(٦) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٣.

أو عُشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة على الخلاف،

والمسالك[١] ومجمع البرهان[٢]» وكذلك «جامع المقاصد[٣]». وفي «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام أنّه قويّ[٤]، مع أنّه قد اختير في «التحرير[٥] وشرح الإرشاد[٦]» لفخر الإسلام و«جامع المقاصد[٧] والمسالك[٨]» في باب بيع الحيوان فيما إذا ظهر استحقاق الأمة الموطوءة أنّه يغرم العشر مع البكارة ونصفه لا معها، ومغايرة المورد لا تقدح مع اتّحاد الطريق، فليتأمّل. وهذا إذا لم يعقد عليها كما صرّح به في الجملة ممّا ذكر، لأنّ كلّ وطئ غير حرام كذلك موجب لذلك.

قوله: ﴿أو عُشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة﴾ هذا هو القول الثاني وقد حكاه في «السرائر» عن بعض أصحابنا[٩] وتبعه الجماعة[١٠]، وردّه بأنّه ورد فيمن اشترى جارية ووطئها وكانت حاملاً وأراد ردّها على بائعها فإنّه يردّ نصف عشر قيمتها، ولا يقاس غير ذلك عليه. قلت: قد أشار بذلك إلى صحيحة ابن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لم يعلم بحبلها

---

(١) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٨.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٠.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٩.
(٤) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ج ٦٧ س ٢٠.
(٥) تحرير الأحكام: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٤٠٩.
(٦) شرح الإرشاد للنيلي: في بيع الحيوان ص ٤٨ س ٢٢.
(٧) جامع المقاصد: في بيع الحيوان ج ٤ ص ١٥٩.
(٨) مسالك الأفهام: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٩٢.
(٩) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٩.
(١٠) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٥٤٣، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٨.

فوطئها؟ قال: يردّها على الّذي ابتاعها منه ويردّ عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إيّاها[١]. وإلى حسنة عبدالملك بن عمرو في «الكافي[٢] والتهذيب[٣]» عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تردّ الحبلى وتردّ معها نصف عشر قيمتها. وقال في «الفقيه»: وفي رواية عبدالملك بن عمرو أنّه يردّ نصف عشر ثمنها[٤]. ومثلهما خبر فضيل[٥] مولى محمّد بن راشد وخبر سعيد بن يسار[٦]. وقد روى الشيخ في الحسن بعبد الملك بن عمرو عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها؟ قال: يردّها ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى[٧] وحمله في التهذيبين[٨] على الغلط من الراوي أو الناسخ بإسقاط لفظ «نصف» ليطابق مارواه أوّلاً. وقال في «الكافي» بعد أن روى الحسنة الاُولى: وفي رواية اُخرى: إن كانت بكراً فعشر قيمتها وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها[٩]. وقد استوفينا الكلام في مسألة مَن اشترى الجارية ولم يعلم بحبلها في باب العيب[١٠] بما لا مزيد عليه، وهو من متفرّدات الكتاب.

وهذا القول لم أجد من صرّح به هنا إلّا المصنّف في «الإرشاد[١١]» والشهيد في «الدروس[١٢]» وقال في «مجمع البرهان»: كأنّ دليله الجمع بين الأخبار بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيّب. قال: ويؤيّده ما قال في الكافي بعد نقل حسنة عبدالملك بن عمرو، وفي رواية اُخرى: إن كانت بكراً فعشر ثمنها وإن لم تكن

(١ و٥ و٦) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام العيوب ح ١ و٨ و٩ ج ١٢ ص ٤١٦ و٤١٧.
(٢ و٩) الكافي: فيمن يشتري الرقيق ... ج ٣ ح ٥ ص ٢١٤.
(٣ و٧) تهذيب الأحكام: ب ٥ في العيوب الموجبة للردّ ح ٢٦٧ و٢٦٨ ج ٧ ص ٦٢.
(٤) من لا يحضره الفقيه: باب في شراء الرقيق وأحكامه ح ٣٨٢٣ ج ٣ ص ٢٢١.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ٥ في العيوب الموجبة للردّ ذيل ح ٢٧٢ ج ٧ ص ٦٣، والاستبصار: ب ٥٢ في الرجل يشتري المملوكة ... ذيل ح ٢٧٤ ج ٣ ص ٨١.
(١٠) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٣٠ ـ ٤٣٨ فيما لو ظهر حمل الأمة قبل العقد.
(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(١٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

بكراً فنصف عشر ثمنها[١]. وقال: أنت تعلم ضعف هذا الدليل، لأنّه قياس مع استنباط العلّة لعدم دليل عليه، مع ما في أصله، إذ روايات التفصيل غير ظاهرة المتن ولا نقية السند. وقد احتمل في «التهذيب» في رواية عبدالملك الغلط من الناسخ بأن يكون حذف «النصف» غلطاً ثمّ قال: إنّ هذه الرواية لو كانت مضبوطة لجاز حملها على مَن يطأ الجارية مع العلم بأنّها حبلى فحينئذٍ يلزمه عشر قيمتها عقوبة وإنّما يلزم النصف مع الجهل[٢].

قلت: هذا تفصيل ما أشار إليه ابن إدريس[٣]. والأولى أن يستدلّ لوجوب العشر بقول أميرالمؤمنين عليه السلام في خبر طلحة بن زيد: إذا اغتصب الرجل أمةً فاقتضّها فعليه عشر ثمنها، فإن كانت حرّة فعليه الصداق[٤]. وبما أرسله في «المبسوط» كما ستسمع[٥]. وبالأخبار[٦] الواردة في النكاح المتضمّنة أنّ مَن وطئ أمة غيره بغير إذنه فعليه ذلك. ويستدلّ على نصف العشر في الثيّب بعدم القول بالفصل، أو يستدلّ بما ورد صحيحاً في التحليل فقد سئل الصادق عليه السلام: أرأيت إن أحلّ لأخيه ما دون فرجها فغلبته الشهوة فاقتضّها؟ قال: يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها[٧]. وبصحيح أبي صبيح في رجل تزوّج امرأة فوجدها أمةً قد دلّست نفسها ـ إلى أن قال عليه السلام: ـ ولمواليها عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها[٨]. وقد نقلت الشهرة

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام العيوب ح ٤ ج ١٢ ص ٤١٦.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٦ ـ ٥٤٨.
(٣) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب المهور ح ٢ ج ١٥ ص ٥٢.
(٥) سيأتي في ص ٣٠٧.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب النكاح المحرّم ح ٣ ج ١٤ ص ٢٣٩.
(٧ و٨) المصدر السابق: ب ٣٥ و٥٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح١ ج ١٤ ص ٥٣٧ و٥٧٧.

على هذا القول فيما إذا ظهر استحقاق الأمة الموطوءة في خمسة كتب، وحكى عليه الإجماع في «الخلاف» وظاهر «إيضاح النافع» وأُفتي به في عشرة كتب كما تقدّم بيان ذلك كلّه مستوفىً بما لا مزيد عليه في باب بيع الحيوان[١]، وتعرّضنا له في باب العيب[٢] والشروط[٣] والظاهر اتّحاد الطريق. هذا كلّه مضافاً إلى أخبار[٤] وطء أحد الشريكين الأمة المشتركة فإنّها قد تضمّنت العشر ونصفه، فإنّ مَن لاحظ أخبار هذه المسائل حصل له الظنّ القويّ أو القطع بأنّه يلزم الواطئ أحد الأمرين العشر أو نصفه في وطء كلّ مملوكة للغير أو مشتركة مطلقاً حتّى لو كانت هي الشريكة بأن أُعتق نصفها.

وليعلم أنّه قال في «الدروس» ولو وطئ الأمة وهي جاهلة حدّ وعليه المهر، وهو العشر أو نصفه على تقديري البكارة والثيوبة، وقيل: مهر المثل، واختاره ابن إدريس وقصر العشر فيمن اشترى جارية فظهرت حاملاً بعد وطئها[٥] فقد سمّى العشر ونصفه مهراً. وبذلك عبّر فخر الإسلام[٦] حرفاً فحرفاً. ومعناه أنّه المستفاد من الأخبار وكلام الأصحاب، فيكون ذلك هو المراد من هذه الأخبار، فلا يصحّ الاستدلال بها على أنّه يجب للبكارة فيما إذا وطئ البكر شيء زائد، وهو العشر فوق المهر الّذي

(١) تقدّم في ج ١٣ ص ٤٤١ فيما لو ظهر استحقاق الموطوءة.

(٢) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٤٢ ـ ٤٤٣ في حكم وطئ الأمة الحامل من السحق.

(٣) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٨٠ ـ ٧٨١ في قيمة المقبوض بالعقد الفاسد.

(٤) ما أشار الشارح إليه في أخبار وطء أحد الشريكين الأمة المشتركة من تضمّنها العشر في نصفه، وإن كانت تفترق عمّا هو مورد البحث في المقام فإنّها وردت بعضها في الأمة الّتي باع الشريك نصفها وبقي نصف الشريك الآخر وبعضها تضمّن الحكم بالنصف وغير النصف، إلّا أنّ مجموعها من حيث المجموع مشمول للعنوان الّذي ذكره الشارح ومن مجموعها يستفاد الحكم المذكور في الشرح، فراجع الوسائل: ج ١٨ ص ٣٨٩ ـ ٣٩٢.

(٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨.

ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعُشر.

هو العشر كما سيأتي. وإلى هذين القولين أشار المصنّف بقوله: على الخلاف.

وهناك قول ثالث أشار إليه في «الشرائع» بقوله: وربّما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم على الوطء بعقد الشبهة[1]. ونحوه ما في «التذكرة[2]» ولم نظفر بقائله. ومعناه أنّ الحكم بوجوب مهر المثل أو العشر، ونصفه مقصور على ما لو وطئ الغاصب بعقد الشبهة بأن توهّم حلّها بالعقد من دون إذن سيّدها، لأنّ منفعة البضع لاتضمن بدونه كما يظهر في الزانية، فلا يجب المسمّى في العقد لفساده، بل مهر المثل أو ما في معناه لأنّه المقدّر شرعاً حيث بان فساد العقد. وفيه: أنّ عدم ضمان منفعة البضع بدون العقد ممنوع كما يظهر ذلك في وطئ الشبهة.

قوله: ﴿ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعُشر﴾ اختلف الأصحاب فيما لو كانت الجارية بكراً وافتضّها بالوطء في أنّه هل يدخل أرش الجناية بإزالة البكارة في مهر المثل على القول به بأن يوجب مهر أمثالها بكراً وفي العشر على القول الآخر؟ أو يدخل في العشر إن قلنا به ولا يدخل في مهر المثل إن قلنا به؟ على ثلاثة أقوال:

الأوّل: أنّه يدخل مطلقاً وهو خيرة التحرير، لأنّ البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر ويزيد باعتبارها الواجب، ولو وجب أرش البكارة منفرداً لزم وجوب مهر ثيّب لابكر كما لو افتضّها بإصبعه ثمّ وطئها فلاوجه للجمع بينهما[3]. وستسمع توجيه هذا القول محرّراً.

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٣٥.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٣.

الثاني: التفصيل المذكور. وهو خيرة «الدروس[1]» فما نسب إليه في «جامع المقاصد[2]» من الدخول على الإطلاق غير صحيح.

والثالث: أنّه لا يدخل مطلقاً كما هو خيرة «المبسوط[3] والتذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» وبيع «الروضة[6] والسرائر» على ما فهمه منها في «الإيضاح[7]» وقد فهمه في «المسالك[8]» من عبارة الشرائع، وليس الأمر كذلك كما يأتي بيانه[9] في مسألة ما إذا اقتضّها بإصبعه. ووجهه أنّ الوطء استيفاء منفعة البضع وإزالة البكارة جنايةٌ فلا يدخل إحداهما في الاُخرى، وملاحظة البكارة في مهر المثل أو العشر لاتقضي بالتداخل، لأنّ ملاحظتها من حيث إنّ وطء البكر خلاف وطء الثيّب، ففي الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية. فعلى هذا يجب للبكارة شيء زائد، فهو إمّا العشر كما هو خيرة «المبسوط[10]» وحدود «النهاية[11] والشرائع[12] والإرشاد[13] والكتاب[14]» وغيرها كما في «كشف اللثام[15]» فيلزمه عشران كما يأتي بيان ذلك. وقد قال في «المبسوط» بعد أن حكم بوجوب المهر

(١) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٢ و ٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٠.
(٣ و ١٠) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.
(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٣٢.
(٦) الروضة البهية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٢٨.
(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨.
(٨) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٩.
(٩) سيأتي في ص ٣١٠ ـ ٣١١.
(١١) النهاية: في الحدود ص ٦٩٩.
(١٢) شرائع الإسلام: في لواحق الحدّ ج ٤ ص ١٥٨.
(١٣) إرشاد الأذهان: في الحدود ج ٢ ص ١٧٤.
(١٤) قواعد الأحكام: في الحدود ج ٣ ص ٥٣٤.
(١٥) كشف اللثام: في الحدود ج ١٠ ص ٤٨٨.

فيما إذا كانا جاهلَين: فإن كانت بكراً فعليه أرش البكارة، وقيل: إنّه عشر قيمتها رواه أصحابنا[١]. ولعلّه أشار إلى قول أميرالمؤمنين عليه السلام في خبر طلحة بن زيد وإلى الأخبار الأُخر في باب النكاح كما تقدّم[٢] ذلك كلّه، وقد عرفت ما فهمناه من هذه الأخبار، وإنّما جرينا بذلك على ما فهموه، وكذلك أُولئك[٣] يستدلّون في باب الحدود على العشر بخبر طلحة الوارد في الغصب من دون فرق بينه وبين غيره، وأمّا الأرش نظراً إلى نقص المالية كما هو خيرة حدود «السرائر[٤]» لدخوله في عموم الجنايات وانتفاء النصّ عليه بخصوصه، وأمّا أكثر الأمرين من العشر والأرش، وهو خيرة «المختلف» على ما حكي[٥] و«جامع المقاصد» نظراً إلى ما سبق من أنّ الواجب على الغاصب في الجناية الّتي لها مقدّر أكثر الأمرين، فتكون الاحتمالات ثلاثة، لكن قول المختلف يرجع بالأخرة إلى قول ابن إدريس. فقول المصنّف «ويحتمل» إشارة إلى الاحتمال الثالث، فيكون ممّن يذهب إلى عدم دخول أرش البكارة في الواجب بالوطئ من مهر المثل أو العشر وأنّ الواجب أكثر الأمرين[٦] كما هو خيرته في «المختلف[٧]» وهذا هو الّذي فهمه المحقّق الثاني من العبارة، وقال: وتخيّل أنّه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهمٌ. واحتجّ على بطلانه بأُمور ثلاثة لاحاجة لذكرها، لوضوح الأمر عندنا. وقال: إنّ كلام الشارح الفاضل

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٢) تقدّم في ص ٣٠١ ـ ٣٠٤.

(٣) منهم الشهيد الثاني في الروضة: في حدّ الزنا ج ٩ ص ١٢٤ ـ ١٢٥، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الحدود ج ١٠ ص ٤٨٨، والآبي في كشف الرموز: في الحدود ج ٢ ص ٥٥٦، والطباطبائي في رياض المسائل: في الحدود ج ١٣ ص ٤٩١.

(٤) السرائر: في أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٩.

(٥) الحاكي عنه هو الطباطبائي في رياض المسائل: في الحدود ج ١٣ ص ٤٩١.

(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٠.

(٧) مختلف الشيعة: في الحدود ج ٩ ص ١٥١.

لا يكاد يتحصّل منه ما يعول عليه، وهو كذلك. قال: وكلام الشارح الآخر قاصر[١].

ونحن نقول: إنّ القول بالتداخل هو الموافق لأصل البراءة وظاهر أخبار المسألة في العشر ونصفه كما سمعت ومهر المثل حيث تضمّنت أنّ كلّ وطء موجب لذلك وأنّه عوض المنفعة ولم يذكر فيها بطرفيها شيء آخر، وكذلك أخبار وطء أحد الشريكين على كثرتها، والسكوت في مقام البيان دليل الحصر، فيكون معناها بطرفيها أنّ الدخول الموجب لإزالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا. ويشهد لهم عدم تعرّضهم لذلك في الحرّة، ومن البعيد على هذا إيجاب شيء آخر لمحض الإزالة، لأنّها نقص في المالية، لأنّ هذا النقص داخل في المهر والعشر، وليس التفاوت بين الوطئين بمحض أنّه وطء للبكر بل ملحوظ فيه أنّها قد فاتت بكارتها، وإذا أخذها آخر لم يحصل لها إلّا مهر قليل لفوات تلك البكارة. وبالجملة: الأصل دليل قويّ معتضد بظواهر أخبار الباب، فالخروج عن ذلك يحتاج إلى دليلٍ متين. وقد تعرّضنا لكلام الأصحاب في باب بيع الحيوان[٢] من المقنعة إلى الرياض ولم نجد أحداً تعرّض إلى أنّه يجب للبكارة شيء زائد على المهر أو العشر، وكذلك باب العيب[٣] وباب الشرائط[٤]. نعم تعرّض لذلك في «المسالك» في وطء أحد الشريكين الأمة المشتركة[٥]، وفي «الروضة» في باب الرهن[٦]، رددناه بنحو ما حرّرناه في المقام، وخبر طلحة[٧] وما ضاهاه قد عرفت المراد منه، فليلحظ ذلك جيّداً.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١١.

(٢) تقدّم في ج ١٣ ص ٤٤١ فيما لو ظهر استحقاق الموطوءة.

(٣) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٤٢ ـ ٤٤٣ في حكم وطء الأمة الحامل من السحق.

(٤) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٨٠ ـ ٧٨١ في قيمة المقبوض بالعقد الفاسد في باب الشرائط.

(٥) مسالك الأفهام: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٩٨.

(٦) الروضة البهية: في الرهن ج ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦.

(٧) تقدّم في ص ٣٠٣.

ومع العقد جاهلَين الأكثر من الأرش والعُشر ومهر المثل.

قوله: ﴿ومع العقد جاهلَين الأكثر من الأرش والعُشر ومهر المثل﴾ هذه من صوَر المسألة، وذلك لأنّ وطء الغاصب الأمة المملوكة المغصوبة لا يخلو إمّا أن يكونا جاهلَين بالتحريم أو عالمَين أو بالتفريق، وعلى التقادير الأربعة إمّا أن يحبلها أو لا، وعلى التقادير الثمانية إما أن يطأها مختارة أو مكرهة، ومع الجهل إمّا أن يطأها بعقد أو بدونه. وقد تقدّم الكلام[1] فيما إذا وطئها جاهلاً بدون عقد.

وكلامه هنا فيما إذا وطئها مع العقد معتقداً كلّ منهما صحّة النكاح. ولا ريب أنّ الواجب حينئذٍ مهر المثل، لأنّه دخل على لزوم المسمّى بالوطء، وقد فات بفساد العقد فيجب مهر المثل إجماعاً كما في «جامع المقاصد[2]» ويدفعه خبر المدلّسة الّذي زوّجها وليّ لها فإنّه أوجب لها العشر ونصفه مع العقد[3]، مضافاً إلى إطلاق الأصحاب كما مرّ[4] ويأتي[5]. فإذا كانت بكراً فالاحتمالات ثلاثة، الأوّل: وجوب مهر المثل فقط بناءً على التداخل كما مرّ[6] دليله. والثاني: أنّه يجب مع ذلك العشر كما هو خيرة «المبسوط[7]» وما وافقه أو الأرش كما هو خيرة «السرائر[8]». والثالث: أنّه يجب مع ذلك ـ أي مهر المثل ـ أكثر الأمرين من العشر وأرش البكارة لمكان الجناية بإزالة البكارة، وهو خيرة «الكتاب وجامع المقاصد» بناءً على الاحتمال

---

(١) تقدّم في ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١١ ـ ٣١٢.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٧٨.

(٤) مرّ في ص ٣٠٥.

(٥) سيأتي في ص ٣٢٢ ـ ٣٢٨.

(٦) تقدّم في ص ٣٠٥ ـ ٣٠٨.

(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٨) السرائر: في الغصب ج ٣ ص ٤٨٩.

ولو افتضها بإصبعه فعليه دية البكارة،

السابق من وجوب أكثر الأمرين على الغاصب، فعلى هذا يُقرأ قوله «ومهر المثل» بالرفع عطفاً على الأكثر. وهذا هو الّذي يظهر من العبارة. وهو الّذي فهمه المحقّق الثاني، وقال: قد فهم السيّد الشارح من العبارة أنّ الواجب أكثر الأُمور الثلاثة، والظاهر أنّه وهمٌ، لأنّ الواجب بالعقد مهر المثل فلا يتصوّر وجوب العشر أو الأرش لو كان أكثر[1]. وهذا الفرع من متفرّدات المصنّف في هذا الكتاب، وإلّا فالأصحاب[2] أطلقوا العبارة فيما إذا كانا جاهلَين بأنّ عليه مهر أمثالها أو العشر ونصفه من دون تفصيل بين ما إذا كان عقد عليها أم لا.

قوله: ﴿ولو افتضّها بإصبعه فعليه دية البكارة﴾ كما في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» وكذا «المختلف[8]» غير أنّ في «المبسوط والتحرير» أرش البكارة. وفي حدود «النهاية[9] والشرائع[10] والكتاب[11] والإرشاد[12]» لزمه عشر قيمتها. وفي «الشرائع» أنّه مرويّ[13]. ولعلّه

(١ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٢.
(٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦، وابن إدريس في السرائر: في الغصب ج ٣ ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩، والمحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٣.
(٧) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٠.
(٨) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٥.
(٩) النهاية: في الحدود ص ٦٩٩.
(١٠) شرائع الإسلام: في لواحق الحدّ ج ٤ ص ١٥٨.
(١١) قواعد الأحكام: في الحدود ج ٣ ص ٥٣٤.
(١٢) إرشاد الأذهان: في الحدود ج ٢ ص ١٧٤.
(١٣) شرائع الإسلام: في لواحق الحدّ ج ٤ ص ١٥٨.

فإن وطئها مع ذلك لزمه الأمران،

أشار إلى رواية طلحة وغيرها ممّا تقدّم [١] فليتأمّل. ونسبه في «المسالك» هناك إلى الشيخ والأكثر [٢]. وحكوا [٣] القول بالأرش عن ابن إدريس كما تقدّم بيان ذلك كلّه. وفي «جامع المقاصد» يجب بالنسبة إلى الغاصب أكثر الأمرين [٤]. وأطلق في حدود «المسالك» استحسان وجوب أكثر الأمرين، لأنّ الأرش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث في المال بجنايته فيكون مضموناً [٥]. ويوافقه ما حكيناه عن «المختلف» فيما تقدّم [٦]. ولعلّ المصنّف فرض في غير الغاصب وإلّا لكان ينبغي أكثر الأمرين.

قوله: ﴿فإن وطئها مع ذلك لزمه الأمران﴾ إذا وطئها بعد أن اقتضّها بإصبعه لزمه أرش البكارة أو ديتها أو أكثر الأمرين إن كان غاصباً ومهر المثل أو نصف العشر كما قد سمعت [٧] ما في «المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك» وكذا «التذكرة والمختلف» على اختلافهم في ذلك، لأنّهما أمران مختلفان، فإزالة البكارة جناية والوطء استيفاء منفعة البضع فلا يدخل أحدهما تحت الآخر. ومن عبارة الشرائع هنا فهم في «المسالك [٨]» أنّه ممّن يذهب إلى عدم التداخل فيما إذا اقتضّها بالوطء مع أنّ هذه العبارة عبارة التحرير أيضاً، وقد نسب إليه هو القول بالتداخل، ولعلّه يذهب إلى أنّهما من سنخ واحد.

---

(١) تقدّم في ص ٣٠١ ـ ٣٠٣.

(٢ و٥) مسالك الأفهام: في لواحق حدّ الزنا ج ١٤ ص ٣٩٩.

(٣) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في الغصب ج٦ ص١٢٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق حدّ الزنا ج ١٤ ص ٣٩٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في الحدود ج ١٣ ص ٤٩١.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٠٧.

(٧) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٨) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٠.

وعليه أُجرة مثلها من حين غصبها إلى حين عودها،

قوله: ﴿وعليه أُجرة مثلها من حين غصبها إلى حين عودها﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3]». وفي «جامع المقاصد» أنّ فيه شيئاً، لأنّه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة[4]، ومراده أنّه يضمن أُجرة مثلها في غير زمان الوطء، لأنّه قد ضمن منفعة البضع في وقته فلابدّ من استثنائه من الزمان، وقد تبعه على ذلك صاحب «المسالك[5]» ولعلّه في غير محلّه، لأنّ المراد بأُجرة المثل ما يبذل أُجرةً في تلك المدّة لأمثال هذه الأمة على الوصف الّتي هي عليه من قبول الصنعة الواحدة أو الصنائع المتعدّدة الّتي من جملتها الصنعة العليا فيضمن حينئذٍ أُجرة مثل الأعلى كما تقدّم[6]. فيصير المراد أنّه يضمن أُجرة غزلها لو كانت صنعتها الغزل من حين غصبها إلى حين ردّها، وأمّا منفعة البضع فلا تضمن بالفوات وليس لهاأُجرة ولايضمن الغاصب للجارية مهراً ولا عقراً وإنّما يضمن أُجرة الخدمة الفائتة خاصّة إن لم يكن لها صفة أعلى منها وإن لم يستخدمها فلم يتّجه استثناء زمان الوطء، لأنّه قد ضمن منفعته في وقت الوطء، سلّمنا وما كان ليكون فلم لايكون مثل ما تقدّم[7] من أنّ الغاصب يؤخذ منه أُجرة الدابّة والثوب ونقص ما حصل فيهما وإن كان ذلك إنّما حصل بسبب الاستعمال الّذي أُخذ أُجرته، فتأمّل جيّداً.

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٢.

(٥) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣١.

(٦) تقدّم في ص ١٥٨ ـ ١٥٩.

(٧) تقدّم في ص ٢١٤ ـ ٢١٨ و١٥٨ و١٦٤ ـ ١٦٥.

فإن أحبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيّاً وأرش ما نقص من الأمّ بالولادة.

قوله: ﴿فإن أحبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيّاً وأرش ما نقص من الأمّ بالولادة﴾ كما صرّح بذلك كله هنا في «المبسوط[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9] والدروس[10]» في الحكمين الأوّلين. وقد حكي الإجماع على إلحاق الولد به وأنّه حرّ في مسألة ظهور استحقاق الموطوءة في باب البيع في «المبسوط[11] والخلاف[12]» وذلك لمكان الشبهة في المقامين. وخولف في «المقنعة[13] والنهاية[14]» فحكم فيهما برقّية الولد إلّا أن يرضيه الأب عنه بشيء وهو شاذّ. وجزم في «المبسوط[15]» وغيره[16] هناك بأنّ على الأب قيمته

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٢) لم نجد هذه الفتوى بهذه الكيفية بالخصوص في السرائر، نعم يمكن التقاطها بأجزائها المختلفة من موارد متعدّدة فيها، فراجع السرائر: ج ٢ ص ٥٩٥ ـ ٥٩٨.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٢٨.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.

(٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٣.

(٨) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣١.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٠.

(١٠) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(١١ و ١٥) المبسوط: البيع في تفريق الصفقة ج ٢ ص ١٥٠.

(١٢) الخلاف: في البيع ج ٣ ص ١٥٩ مسألة ٢٥٢.

(١٣) المقنعة: في باب ابتياع الحيوان ص ٦٠١. (١٤) انظر النهاية: في باب ابتياع الحيوان ص ٤١٠.

(١٦) كشرائع الإسلام: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٩.

ولو سقط ميّتاً فإشكالٌ، ينشأ من عدم العلم بحياته، ومن تضمين الأجنبيّ.

للمولى واستدللنا عليه هناك بالمرسل [1] والموثّق [2]، وهما منجبران، واستدللنا على تقويمه رقّاً يوم سقوطه حيّاً بأنّه أوّل حالات انفصاله وأوّل حالات إمكان تقويمه، لأنّ ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيّده، وقلنا: لا يقوّم حملاً، لعدم إمكان تقويم الحمل.

وأمّا وجه وجوب دفع أرش نقصان الأمّ بالولادة فظاهر لا خلاف فيه كما في «غاية المراد [3]» لأنّها مضمونة لمكان الغصب وسبب النقص كان منه.

قوله: ﴿ولو سقط ميّتاً فإشكالٌ، ينشأ من عدم العلم بحياته، ومن تضمين الأجنبيّ﴾ الأصل في المسألة ما قاله في «المبسوط» قال: لو أحبلها الغاصب جاهلاً بالتحريم ثمّ ولدته ميّتاً لم يضمن الغاصب قيمة الولد، لأنّه لا يعلم كونه حيّاً قبل هذا، ولأنّه ما حال بينه وبين سيّده في وقت التصرّف. ولو ضربها أجنبيّ فألقت الجنين ميّتاً فعلى الضارب الضمان، لأنّ الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالباً بخلاف ما إذا سقط لنفسه، لأنّ الأصل الموت حتّى يعلم غيره [4]. وقد استشكل الفرق المحقّق في «الشرائع [5]» والمصنّف هنا وفي «المختلف [6]». وفي «غاية المراد» أنّه ضعيف [7]. وغرضهم أنّ عدم العلم بحياته ثابت في المسألتين، فإن كان مؤثّراً في عدم الضمان فلا أثر للضرب.

قلت: الشيخ يستند في الضمان في ضرب الأجنبيّ إلى الإجماع كما يؤذن به

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ و٤ ج ١٤ ص ٥٩٢.

(٣ و٧) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٩.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٥) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٦) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٣.

كلامه في موضع من ديات «المبسوط[1]» أو إلى ما رواه أصحابنا كما في ديات «السرائر[2]» ولا يفرّق بين كونه حيّاً وميّتاً، والتعليل هنا تقريب لا أنّه علّة، لكن قد يرد[3] عليه في حكمه بعدم ضمانه إذا سقط ميّتاً لا بجناية أنّ يد الغاصب يد ضمان فينبغي أن يضمنه أيضاً، إلّا أن يقول: إنّه لمّا كان محكوماً بحرّيته كان غير مضمون، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت ضمان يد الغاصب كما نبّه عليه المحقّق فيما يأتي[4]، لكن ذلك يقضي بأن لا ضمان على الغاصب ولا رجوع للمالك عليه وإن وقع بجناية أجنبيّ مع أنّ المصنّف وغيره سيصرّحون بأنّ له الرجوع على الغاصب. ولعلّ الوجه فيه أنّه إذا جنى عليه الجاني يكون قد فوّت على المالك قيمته لو ولد حيّاً وذلك كان تحت يد الغاصب، فيضمنه* لمكان الجناية وتفويت المال تحت يده لا لكونه تحت يده فقط، ويستقرّ الضمان على الجاني. وبعبارة أُخرى أنّ عدم ضمانه الحرّ وانتفاء دخوله تحت اليد إنّما يمنع من الضمان حيث لا جناية بأن يسقط لنفسه، وأمّا إذا جنى عليه أجنبيّ فالجناية مضمونة لا محالة، وقد أدّى الحال إلى الغرم وسببه الغاصب.

وفيه: أنّ المقتضي للضمان في حقّ الغاصب هنا منتف، إذ لا جناية منه واليد ليست سبباً في ذلك كما هو ظاهر، مع أنّ المفروض أنّه حرّ لا يد عليه، فوجوب القيمة على الأجنبيّ لا يستدعي الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه، ويرشد إلى ذلك ما ذكروه فيما إذا غصب الجارية وباعها فوطئها المشتري فإنّ جماعة منهم

---

* ـ أي الغاصب.

---

(١) المبسوط: في دية الجنين ج ٧ ص ٢٠٥.
(٢) السرائر: في دية الجنين ج ٣ ص ٤١٧.
(٣) كما في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.
(٤) سيأتي نقل كلامه في ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

قالوا[1] أن ليس للمالك أن يرجع بمهر الجارية على الغاصب، لأنّ البضع لا يدخل تحت اليد والغاصب لم يستوف منفعته واليد ليست سبباً وإنّما يرجع به على المشتري، والمصنّف سيستشكل في ذلك فيما يأتي[2]، والطريق في المسألتين واحد، لأنّ البضع كالحرّ مع زيادة هنا، وهي أنّ الجارية مملوكة، وسببيّة اليد هنا ممكنة فليلحظ فإنّه دقيق، لكن الشيخ[3] استند في هذا الباب في عدم ضمان الغاصب له لو سقط ميّتاً لا بجناية سواء كان جاهلاً بحرمة الغصب والزنا أو عالماً إلى عدم العلم بحياته، وهذا وحده إن تمّ في الجاهل وما كان ليكون لا يتمّ في العالم، لأنّ الجنين محكوم برقيّته قطعاً، فيكون مالاً صرفاً كحمل البهيمة مضموناً على الغاصب سقط ميّتاً أو حيّاً كما يأتي[4] عن المحقّق.

وقد وافق الشيخ في عدم الضمان فيما نحن فيه المصنّف في «التحرير[5]» والشهيد في «الدروس[6]» ولعلّهما استندا إلى عدم جنايته وعدم ضمانه باليد لعدم تحقّق حياته كما نبّه عليه في «الإيضاح[7]» ولعلّ الاستناد إلى أنّه محكوم بحرّيته فلا يضمن أولى. ثمّ إنّ قضية هذا التعليل أنّه لو علمت حياته بمضي أربعة أشهر كما هو المشهور أو خمسة كما رواه الصدوق[8] وسقط بعد ذلك ميّتاً أنّه يضمنه، والفرق غير واضح مع

---

(١) منهم فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٠، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٢ ـ ٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٢) سيأتي في ص ٣٣٢.

(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٤) سيأتي نقل كلامه في ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.

(٨) المقنع: في باب الديات ص ٥١٠.

أنّهما يقولان بالضمان لو سقط بجناية جانٍ علمت حياته أو لا، وقد تقرّر أنّ يد الغاصب يضمن بها كلّ ما يضمن بجناية جانٍ، وهي قاعدة مقرّرة، فلابدّ لهما أن يرجعا إلى ما حرّرناه في توجيه كلام الشيخ، فليتأمّل، إلّا أن تقول: القاعدة في غير الحرّ.

والضمان هنا خيرة «الإرشاد[1]» على الظاهر المتبادر من عبارته و«جامع المقاصد[2] والمسالك[3]» فيضمن دية جنين أمة. وقد يلوح ذلك من آخر كلام «الإيضاح[4]» ولعلّهم يستندون إلى القاعدة المذكورة، وذلك يقضي بأنّ يد الغاصب يد ضمان وإن حكم بحرّيته، وذلك يخالف القاعدة الأُخرى، وهي أنّ الحرّ لا يضمن إلّا في ثلاثة مواضع إجماعاً، أو يستندون إلى أنّ الظاهر أنّه كان حيّاً، لأنّه لا يكمل البدن إلّا مع الحياة كما وجّهه في «مجمع البرهان[5]» وهو أيضاً كما ترى يخالف القاعدة الأُخرى، ثمّ إنّ الواجب مع العلم بالحياة قيمته يوم سقوطه حيّاً لا دية جنين أمة، وهي عشر قيمة اُمّه. والّذي أراه أنّ كلامهم جميعاً غير محرّر في هذه المسائل الأربع، وهي ما إذا سقط الجنين بجناية أو بدونها مع العلم أو الجهل، وذلك لأنّ الّذي صرّحت به عباراتهم[6] وأفصحت به رواياتهم[7] في باب الديات أنّ جنين الأمة إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له مقدّر شرعاً، وهو عشر قيمة اُمّه وقت الجناية، وإن ولجته الروح فقيمته يوم سقوطه حيّاً. ومن

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٣.

(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.

(٦) منهم ابن إدريس في السرائر: في دية الجنين ج ٣ ص ٤١٧، والمحقّق في شرائع الإسلام: في دية الجنين ج ٤ ص ٢٨٠ و٢٨٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في دية الجنين ج ١٥ ص ٤٧١.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ و ذيل ح ١ ج ١٩ ص ٢٤٥.

المعلوم أنّهما إذا كانا عالمَين بحرمة الزنا والغصب كان الجنين رقّاً ومالاً صرفاً لمولى الأمة، وهو مضمون على الغاصب سواء سقط بجنايةٍ أم لا، فحاله كحال حمل البهيمة. وإن كانا جاهلَين كان محكوماً فيه بأمرين بكونه حرّاً وبكونه نماء ملك المولى، لأنّهم جزموا بأنّ على الأب قيمته للمولى يوم سقوطه حيّاً، لأنّه نماء ملكه، فإن لحظنا الحرّية قلنا يد الغاصب ليست يد ضمان، وإن لحظنا المالية قلنا بالضمان وإن لم يجن عليه جانٍ. ثمّ إنّ الشيخ ذهب في موضع من ديات «المبسوط» إلى أنّه إذا ضرب بطن أمة فألقت جنيناً ميّتاً أنّه يلزمه عشر قيمة أُمّه[1] ولا يفرّق بين كونه حينئذٍ حيّاً أو ميّتاً. وعليه بنى في هذا الباب، وهو خلاف ما عليه الأصحاب، لأنّهم يذهبون إلى أنّه إذا علمت حياته وسقط بجناية جانٍ ميّتاً كان عليه قيمة مملوك حيّ، وقد فهموا من عبارته الّتي سمعتها[2] في صدر المسألة في الفرق بين سقوطه ميّتاً لا بجناية وبين سقوطه بالجناية أنّه في الأوّل لم تعلم حياته وفي الثاني أنّ حياته معلومة وأنّ الموت كان بسبب الجناية كما صرّح بذلك الشهيد في «غاية المراد» وغيره كما هو قضيّة تعليله، وقد عرفت أنّه تقريبي، ولم يتنبّهوا لمذهبه في الديات فوقع لهم في فهم كلامه ما وقع كما سمعت وستسمع في المسألة الآتية، وستسمع[3] كلام المحقّق فيما إذا كانا عالمَين وما يؤيّده وما يرد عليه.

هذا، وقد استظهر في «غاية المراد» من عبارة الإرشاد حيث قال: ولو سقط ميّتاً فعليه الأرش على رأي أنّ المراد أرش نقص الولادة[4]. ولعلّه غير متّجه لوجوهٍ منها أنّ ذلك لا خلاف فيه فلا يصحّ أن يرجع الرأي إليه.

---

(١) المبسوط: في دية الجنين ج ٧ ص ٢٠٥.

(٢) تقدّم في ص ٣١٤.

(٣) سيأتي في ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

(٤) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٩.

وأمّا إذا وقع بجنايةٍ فالأقوى الضمان،

قوله: ﴿وأمّا إذا وقع بجنايةٍ فالأقوى الضمان﴾. وفي «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]» أنّه الأصحّ. وفي «المسالك» أنّه الوجه[3]، وقد جزم بالضمان في «المبسوط[4] والتحرير[5] والدروس[6]» وهو لازم للإرشاد قطعاً[7]. وفي «غاية المراد» أنّه لا خلاف هنا في الضمان[8]. وفي «مجمع البرهان» الظاهر من كلامهم عدم الإشكال في ضمان الجاني[9]. ولكن قد صرّح في «المبسوط[10] والتحرير[11] وجامع المقاصد[12]» بأنّه يضمن دية جنين أمة، وهو متّجه على مذهب «المبسوط» وإن علمت حياته قبل الجناية. وعلى المعروف بين الأصحاب ينبغي التفصيل بالعلم بالحياة فقيمة مملوك حيّ يوم سقوطه وعدمها فقيمة جنين أمة.

ويبقى الكلام في الضامن، فإن كان مرادهم به الجاني كما هو ظاهر «جامع المقاصد» فلا معنى لقوله هو وولد المصنّف «إنّه الأصحّ» ولا لقول المصنّف «إنّه الأقوى» لأنّه لا ريب في ضمانه، لأنّ المفروض أنّه وقع بجنايته، وإن كان مرادهم بالضامن أباه الغاصب حيث يكون الجاني غيره كما صرّح به في «الإيضاح[13]» وهو ظاهر غيره[14] صحّ قولهم: الأصحّ والأقوى. ومعنى ضمانه أنّ للسيّد أن يرجع

(١ و١٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.
(٢ و١٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤ و٣١٣.
(٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٢.
(٤ و١٠) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦ ـ ٦٧.
(٥ و١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.
(٦) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٨) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٩.
(٩ و١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.

عليه ويستقرّ الضمان على الجاني. ووجه ضمانه عندنا أحد الأمرين المتقدّمين من التفويت وكونه تحت اليد أو كونه تحت اليد فقط كما تقدّم[١] مع التأمّل فيهما لكنّا لانجد غيرهما.

وقد وجّه الضمان على الأجنبيّ في «جامع المقاصد[٢]» في شرح عبارة الكتاب بما سمعته[٣] عن المبسوط من أنّ السقوط عقيب الضرب مسقط للولد، وقد عرفت[٤] أنّ الوجه في ذلك عند الشيخ في الديات أنّه إمّا الإجماع أو الروايات، وعرفت[٥] أنّه لا يفرّق هناك بين كونه حيّاً وميّتاً وإن كان ظاهر كلامه في الباب البناء على حياته، فلا يرد عليه ما أورده عليه في «جامع المقاصد» من الشكّ في الحياة، فلا أثر للضرب[٦]، بل هو في غير محلّه، كما أنّ جعل ذلك شرحاً لبيان الضمان في عبارة الكتاب في غير محلّه، لأنّ هذا توجيه لضمان الجاني وكلام المصنّف في ضمان الغاصب، وإلّا لما صحّ له أن يقول الأقوى.

وقد وجّه في «الإيضاح[٧]» احتمال عدم الضمان في كلام المصنّف بعدم جنايته وعدم ضمانه باليد، لعدم تحقّق حياته. ولعلّ الأولى أن يقول لعدم ضمان الحرّ كما تقدّم[٨] لكنّي لم أجدهم ألمّوا بذلك سوى المحقّق فإنّه نبّه عليه فيما إذا كان عالماً[٩]. وقد فرّق في «غاية المراد[١٠]» بين ما إذا وقع بجناية جانٍ وبين ما إذا سقط ميّتاً بأنّ

---

(١) تقدّم في ص ٣١٤ ـ ٣١٨.
(٢ و٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤ و٣١٣.
(٣) تقدّم في ص ٣١٤.
(٤) تقدّم في ص ٣١٤ ـ ٣١٥.
(٥ و٨) تقدّما في ص ٣١٥.
(٧) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.
(٩) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(١٠) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٩.

ولو ضربها أجنبيّ فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حرّ، وعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة.

الجاني لو كان أجنبيّاً ضمن للغاصب دية جنين حرّ، وذلك يقضي بحياته فيضمن الغاصب للمالك لاستحقاقه على هذا التقدير. وردّه المحقّق الثاني[1] والمقدّس الأردبيلي[2] بأنّه لا معنى له وأنّه ليس بشيء، لأنّه لو كان أصل عدم الحياة مؤثّراً لأثّر على التقديرين.

ونحن نقول: قد عرفت أنّ الفرق بين ضمان الغاصب هنا وعدم ضمانه هناك هو التفويت وعدمه وأنّ الحرّ لا يضمن، وعرفت أنّ الفرق بين ضمان الجاني هنا وعدم ضمان الغاصب هناك مع عدم العلم بالحياة على التقديرين الإجماع والأخبار في الجاني وأنّه مفوّت مالاً بالأخرة ولا كذلك الغاصب هناك، مع أنّ الحرّ لا يدخل في الضمان.

وفي «جامع المقاصد[3] والمسالك[4]» أنّ الغاصب يضمن للمالك دية جنين أمة سواء سقط بجناية أم لا لكن على تقدير كونه بجنايته يضمن للمالك دية جنين أمة وللإمام عليه السلام باقي دية جنين الحرّ. قلت: ليتهما بيّنا لنا الوجه في ضمان الغاصب إذا لم يسقط بجنايته، وأمّا وجه كون الباقي للإمام عليه السلام فهو أنّ القاتل لا يرث وأمّه رقيقة لا ترث كما لو جنى الحرّ على زوجته فأسقط جنينها. ولا فرق بين كون الجناية خطأً أو عمداً فإنّ الغاصب يضمن ذلك للمالك وإن استقرّ الضمان على العاقلة.

قوله: ﴿ولو ضربها أجنبيّ فسقط فعلى الضارب للغاصب دية

(١ و٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٣ ـ ٣١٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.
(٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٢.

ولو كانا عالمَين بالتحريم، فإن أكرهها فللمولى المهر

جنين حرّ، وعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]». وفي «غاية المراد» أنّه لا خلاف هنا في الضمان[6]. ووجهه أنّ الولد محكوم بحرّيته لمكان الجهل، فيضمن الجاني عليه لأبيه دية جنين حرّ، ولمّا كان الغاصب ضامناً للمالك قيمته كان الواجب عليه للمولى دية جنين أمة. وما زيد في «الدروس[7] ومجمع البرهان[8]» على أنّه لو ضربها أجنبيّ فسقط فعليه الضمان. وهو جيّد جدّاً، وإلّا فالواجب على غير المبسوط التفصيل بالعلم بالحياة وعدمه، وقد صرّح هنا في «المبسوط» بأنّ على الغاصب للمالك عشر دية أُمّه[9] أي قيمة أمة. وهو متّجه على مذهبه، ويبقى الكلام في وجهه وقد تقدّم[10].

هذا، ولا يتوقّف وجوب حقّ المولى على الغاصب على أُخذه الحقّ من الجاني، بل كلّ واحدٍ من الحقّين متعلّق بذمّة غريمه من دون توقّف على الآخر.

قوله: ﴿ولو كانا عالمَين بالتحريم، فإن أكرهها فللمولى المهر﴾ أو ما في حكمه اتّفاقاً كما في «المسالك[11]» وبه صرّحت كلماتهم[12] من

(١ و٩) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤.

(٥ و١١) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٣.

(٦) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٩.

(٧) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.

(١٠) تقدّم في ص ٣١٢ ـ ٣١٤.

(١٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧، والمحقّق في شرائع الإسلام: في ←

والولد، والأرش بالولادة والأُجرة، وعلى الغاصب الحدّ، ولو طاوعته حُدّا، وفي عوض الوطء إشكالٌ، ينشأ من النهي عن مهر البغي، ومن كونه حقّاً للمالك.

غير خلاف لأنّها غير بغي.

قوله: ﴿والولد والأرش بالولادة والأُجرة﴾ أي له الولد لكونه نماءها، وهو غير لاحق بالغاصب، لكونه ولد زنا، وله أرش النقص بالولادة والأُجرة كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[1]» وبعض ما تأخّر عنه[2] وتركه الباقون لظهوره.

قوله: ﴿وعلى الغاصب الحدّ، ولو طاوعته حُدّا﴾ كما في «المبسوط[3]» وغيره[4]، ويحدّ كلّ منهما حدّه.

قوله: ﴿وفي عوض الوطء إشكالٌ، ينشأ من النهي عن مهر البغي، ومن كونه حقّاً للمالك﴾ يريد أنّه هل يجب المهر عوض الوطء للمولى أم لا؟ وقد استشكل فيه المصنّف لقول النبيّ صلى الله عليه وآله في الخبر المشهور: لا مهر لبغي[5]. وهو شامل لمحلّ النزاع، ومن أنّها مال الغير وبضعها حقّ له، فلا يؤثّر رضاها في سقوط حقّه كما لو أذنت في قطع يدها.

← لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤.

(١ و٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤.

(٤) كجامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

(٥) سنن ابن ماجة: ح ٢١٥٩ ج ٢ ص ٧٣٠.

والأوّل هو المشهور كما في «المسالك[1]» بل ظاهر الشهيد في «غاية المراد» أنّ المخالف نادر غير معروف حيث قال: ونقل الشيخ نجم الدين عن بعضهم أنّه يلزم الغاصب عوض البضع[2]، وستعرف الذاهب إليه، وهو ـ أي الأوّل ـ خيرة «المبسوط[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] وشرحه[8]» لولده و«الإيضاح[9] وغاية المراد[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12]» في الباب وبعض هذه في باب البيع والنكاح والرهن مع زيادة «الدروس[13]» في باب البيع. وحجّتهم على ذلك بعد أصالة البراءة القطعية الخبر المذكور لثبوته عندهم بالتواتر أو بالإجماع عليه، لأنّهم يأخذونه مسلّماً، والعموم فيه لغوي، فلا يجوز حمله على فرد خاصّ وهو الحرّة إلّا بدليل.

والمراد بالمهر المهر الّذي يثبت بواسطة وطئها سواء كان المهر لها أو لغيرها، أعني مولاها كما هو الظاهر المتبادر، فلا يصحّ أن يستند إلى أنّ اللام تفيد الملكية أو الاختصاص أو الاستحقاق، وجميع ذلك منفيّ عن الأمة. ولاريب أنّ في عوض البضع شائبة التعبّد، فلا يثبت إلّا حيث يثبته الشارع، ولم يثبته إلّا في

(١) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٣.
(٢ و١٠) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٨.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧.
(٤) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩.
(٥) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧، وفي نكاح الإماء ج ٢ ص ٣١٠.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧، وفي الصداق ج ٢ ص ١٨.
(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٧.
(٩) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٠.
(١١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٥، وفي الرهن ج ٥ ص ١٣١.
(١٢) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٣، وفي نكاح الإماء ج ٨ ص ١٣.
(١٣) الدروس الشرعية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٢٣٠.

النكاح الصحيح والشبهة، وليس كسائر المنافع فإنّ المولى لو رضي بوطئها على مهر لم يصحّ ولم يستحقّ شيئاً إلّا مع العقد بخلاف سائر المنافع، فلا تتحقّق ماليّته مطلقاً بل على وجهٍ مخصوص.

والثاني خيرة «التذكرة[1] والمختلف[2]» وبيع «الروضة[3]» ورهنها، وكأنّه مال إليه في «الدروس[4]». وهو ظاهر إطلاق بيع «اللمعة[5]» وقوله في «غاية المراد»: احتمله في المختلف[6] يقضي بأنّه لم يلحظ آخر كلامه، كما أنّه لم يلحظ التذكرة أصلاً، لأنّ ذلك عوض المنفعة للمالك لا مهر حقيقي فلا يتناوله الخبر، ومن ثمّ لايطلق على الأمة اسم المهيرة بل على الحرّة.

قلت: قد طفحت عبارات الأصحاب[7] في أبواب الفقه بمهر الأمة وأنّ لها مهراً، وفي الأخبار: أنّه يجوز أن يجعل مهرها عتقها[8]، ولم يطلب السيّد منه بقيّة المهر حتّى باعها، ولا يضرّنا أنّها لا تسمّى مهيرة.

ولا ترجيح في «مجمع البرهان[9]» في المقام ولا في «الكفاية[10]» في مثله في باب النكاح، بل قد يلوح منهما موافقة المشهور.

وقد يستدلّ[11] لهذا القول بفحوى الصحيح: أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٣٧.

(٢) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٦.

(٣) الروضة البهية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٩ وفي الرهن ج ٤ ص ٨٦.

(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٥) اللمعة الدمشقية: في البيع ص ١١٩.

(٦) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٨.

(٧) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في نكاح الإماء ج ٢ ص ٣٠٩، والعلّامة في قواعد الأحكام: في نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في نكاح الإماء ج ٨ ص ٨.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٧١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٨٢.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٩.

(١٠ و ١١) كفاية الأحكام: في نكاح الإماء ج ٢ ص ١٧٨.

فغلبته الشهوة فاقتضّها؟ قال: لا ينبغي له ذلك. قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ويكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها[١]. فإنّ ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق أولى وهو جيّد لو كان نصّاً أو ظاهراً في زنا الأمة، ولا دلالة له على ذلك وإن ادّعي ظهوره من جهة ترك الاستفصال، فمع بُعده وأنّه لا معنى للأولوية حينئذٍ، ستسمع جوابه.

وقد يستدلّ[٢] عليه أيضاً بفحوى الصحيح الآخر في الأمة المدلّسة نفسها مدّعية أنّها حرّة حيث تضمّن أنّ عليه لمواليها العشر ونصف العشر[٣]. وفيه: أنّ الأولوية على تقدير تسليمها لا تقتضي أزيد من ثبوت نصف العشر مع الثيوبة والعشر مع البكارة، وهو غير ثبوت مهر المثل حيث يزيد على أرش البكارة، فليس فيها دلالة عليه، بل ولا على المسمّى في صورة ما إذا كان لها مسمّى، ويأتي تمام الكلام.

وقد قال بعضهم* ـ في باب النكاح بعد أن ناقش في القول بأنّ لها المهر والقول بأن لا شيء لها ـ: إنّ الأجود القول بمضمون الصحيحين، فنحكم بالعشر مع البكارة ونصفه مع عدمها، لا مهر المثل فيما نحن فيه، ولا المسمّى في غيره، لصحّتهما وعدم ظهور الفرق بين ما نحن فيه وموردهما، مع ما فيه من استلزام الثبوت في موردهما الثبوت هنا بطريق أولى[٤].

وفيه: أنّ المهر للثيّب إنّما هو نصف العشر على المختار المشهور كما تقدّم[٥].

---

* ـ هو شيخنا صاحب «الرياض» وغيره (منه ﷺ).

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٣٧.
(٢ و ٤) رياض المسائل: في نكاح الإماء والعبيد ج ١٠ ص ٣١٨ و٣١٩.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٧٧.
(٥) تقدّم في ص ٣٠٢ ـ ٣٠٤.

أمّا لو كانت بكراً فعليه أرش البكارة،

فإذا قلنا إنّه يثبت لها نصف العشر لزمنا أن نقول بأنّه يثبت لها المهر. نعم يتمّ هذا على القول بوجوب مهر أمثالها بكراًكانت أو ثيّباً. ويأتي تمام الكلام في المسألة الآتية.

قوله: ﴿أمّا لو كانت بكراً فعليه أرش البكارة﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] وشرحه[٥]» لولده و«المختلف[٦] وغاية المراد[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] ومجمع البرهان[١٠]». وفي «شرح الإرشاد[١١]» لفخر الإسلام الإجماع عليه، لأنّها جناية وكلّ جناية مضمونة على الغاصب، بل إن غصبها بكراً فزالت بكارتها لعارض في يده لزمه قيمتها وإن لم تكن بفعله. ونحوه ما في «مجمع البرهان[١٢]». وفي «غاية المراد[١٣] والمسالك[١٤]» أنّه لا إشكال في ذلك، لأنّ إزالتها جناية عليها وليست كالوطء.

وقضية كلامهم أنّها إن كانت ثيّباً لم يضمن شيئاً، وبه صرّح فخر الإسلام[١٥]. وقد سمعت تصريحهم فيما تقدّم[١٦] كما سمعت ما قيل من أنّه يخالف فحوى الصحيحين المتقدّمين، فالأولى أن يقال: إنّ مورد الصحيح الأوّل غير ما نحن فيه

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٥ و١١ و١٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الغصب ص ٦٧.
(٦) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٥.
(٧ و١٣) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤٠٨.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٥.
(٩ و١٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٤.
(١٠ و١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٨ ـ ٥٤٩.
(١٦) تقدّم في ص ٣٠١ ـ ٣٠٥.

ولا يلحق به الولد،

لأنّها ليست بغيّاً وليس نصّاً ولا ظاهراً في زناها كما هو ظاهر، وأمّا الثاني فكالأوّل لمن تأمّل ليس نصّاً ولا ظاهراً في زناها، لأنّه قد قال فيه الصادق عليه السلام: وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمة ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها[1]. فقد تضمّن نفي ثبوت المسمّى الّذي أخذته وثبوت المهر الموظّف لها من العشر أو نصفه لمكان الشبهة بتزويج الولي لها واعتقادها جوازه، فقد ظهر الفرق وانتفت الأولوية، وعلى تقدير الاستدلال بهذين الخبرين من جهة ترك الاستفصال فيهما وبخبر طلحة[2] من جهة عمومه فالجواب أنّ الخبر المشهور أولى بالترجيح لاُمور. ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ محلّ الاستدلال بالخبر المشهور إنّما هو إذا كانا عالمَين، أمّا إذا كان الرجل جاهلاً وعقد على أمة الغير العالمة بالحرمة سواء ادّعت الحرّية ودلّست نفسها أم لا فإنّه يلزمه المهر، أمّا في المدلّسة فموضع وفاق، وأمّا في غيرها فهو المشهور على ما حكي[3] كما ذكروا ذلك في باب النكاح، لكنّ المصنّف استشكل فيما إذا كانت عالمة وهو جاهل، ويلزم المصنّف في «التذكرة[4]» القول بوجوب المهر عشراً أو غيره وأرش البكارة، لأنّه لا يقول بالتداخل كما مرّ.

قوله: ﴿ولا يلحق بـه الولد﴾ كما في «المبسوط[5] والشرائع[6] والتحرير[7]

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٧٧.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب المهور ح ٢ ج ١٥ ص ٥٢.

(٣) الحاكي هو الطباطبائي في رياض المسائل: في نكاح الإماء والعبيد ج ١٠ ص ٣١٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ س ٤٣.

(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧.

(٦) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.

(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

فإن مات في يد الغاصب ضمنه، وإن وضعته ميّتاً فإشكالٌ (فالإشكال ـ خ ل) كما تقدّم،

والإرشاد[1] والدروس[2]» وغيرها[3]. والظاهر أنّه محلّ وفاق، لكونه زانياً، فيكون رقّاً للمولى، لأنّه نماء ملكه، وكما لا يلحق بأبيه لا يلحق بأمّه، لاشتراكهما في المقتضي، ونعم ما قال في «الشرائع»: ولو حملت لم يلحق الولد[4]. وتظهر فائدة عدم لحوقه بها في عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حرّيتهما أو أحدهما بعد ذلك.

قوله: ﴿وإن وضعته ميّتاً فإشكالٌ كما تقدّم﴾ ونحوه ما في «الإيضاح[5] وجامع المقاصد[6]» للشكّ في حياته مع ترجيح الضمان في الثاني. وفي «المبسوط[7] والتحرير[8] والدروس[9]» لا شيء عليه.

وجزم في «الشرائع» على ما في بعض النسخ[10] بأنّه يلزمه دية جنين الأمة. ووجهه أنّه لمّا كان محكوماً برقّيته كان ملحقاً بالمال، فيكون مضموناً عليه على كلّ حال كحمل البهيمة والحمل الّذي لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له قيمة شرعاً، وهو عُشر قيمة أُمّه وقت الجناية، بخلاف السابق فإنّ ضمانه لقيمته موقوف على ولادته حيّاً، لكونه حرّاً ولم يحصل. قلت: هذا هو الّذي نبّهنا عليه، وهذه

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٢ و٩) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٣) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٢.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٥.
(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.
(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.
(١٠) لم نعثر على هذه النسخة.

النسخة هي الّتي شرحها في «المسالك[١]».

وفي عدّة من نسخ «الشرائع» قيل: لا يضمن، لأنّا لا نعلم حياته، وفيه تردّد[٢]. ولا نعلم وجه تردّده بل الأولى الجزم بالضمان كما في النسخة الاُخرى، هذا إذا قلنا في صورة الجهل أنّه لا يضمن، لكونه حرّاً لا يدخل تحت يد الضمان إلّا أن يجني عليه جانٍ، وأمّا إذا قلنا بالضمان لأنّه يؤول إلى المال قلنا في جوابه: إنّ ضمان السابق لقيمته حيّاً موقوف على ولادته حيّاً، وأمّا ضمانه لقيمته جنيناً فليس موقوفاً على ولادته حيّاً، بل هو مضمون أيضاً على الغاصب على كلّ حال.

وقد ردّ في «جامع المقاصد» ما في الشرائع فقال: وربّما رجّح الضمان هنا بأنّ التقويم في الأوّل إنّما هو بعد وضعه حيّاً بخلافه هنا، قال: ولا أثر له، لأنّ المراد التقويم المخصوص لا وجوب دية الجنين الّذي يراد وجوبه في الموضعين، ثمّ قال: والأصحّ الضمان هنا أيضاً[٣]. ولم يبيّن لنا ماذا أراد بالتقويم المخصوص، ولعلّه أراد تقويمه بعد وضعه حيّاً. ولا ماذا أراد بالضمان أ هو ضمان جنين أمة أم هو ضمان مملوك حيّ، ولم يتّضح لنا وجه قوله «لا وجوب دية الجنين ... إلى آخره» لأنّ المفروض أنّها وضعته ميّتاً لا بجناية جانٍ، فليتأمّل جيّداً.

ويرد[٤] على المبسوط أنّ يد الغاصب يد ضمان فلابدّ من أن يقول بضمان قيمة جنين، ثمّ إنّ تعليله[٥] وتعليل «التحرير[٦]» بعدم العلم بحياته لم يتّضح وجهه،

---

(١) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٥.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٥.
(٤) كما في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٩.
(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٧.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

وإن كان بجناية جانٍ ضمن جنين أمة.

ولعلّهما يريدان بذلك أنّه حينئذٍ لم يتحقّق جنايته عليه كما تقدّم[١] نقله عن الإيضاح وقد عرفت الحال في ذلك.

ويجب حمل كلام «التحرير والدروس» على عدم ضمان مملوك حيّ وإن كان ظاهرهما خلاف ذلك، فليلحظ ذلك جيّداً.

قوله: ﴿وإن كان بجناية جانٍ ضمن جنين أمة﴾ كما في «المبسوط[٢] والشرائع[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] وجامع المقاصد[٦] ومجمع البرهان[٧]» وليس في «الدروس[٨]» إلّا أنّه عليه شيء، وهو أجود، لأنّ ما ذكروه متّجه على مذهب المبسوط. وينبغي التفصيل على المعروف من مذهب الأصحاب بالعلم بالحياة وبدونه كما تقدّم[٩].

ولم يتعرّض في «المبسوط والإرشاد» إلّا لضرب الأجنبي بطنها. وظاهر كلام المصنّف أنّ الضامن الأب الغاصب. وحينئذٍ فيستقرّ الضمان على الضارب، وقد جزم به هنا ولم يقل على الأقوى كما قال في الجاهل، وما ذاك إلّا لما قلناه هناك[١٠]. وبضمان الأب إذا ضرب والأجنبيّ الضارب صرّح في «التحرير[١١] ومجمع

---

(١) تقدّم في ص ٣٢٠.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٦.
(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(٤ و ١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٦) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٤ ـ ٣١٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.
(٨) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٩ و ١٠) تقدّم في ص ٣١٩ ـ ٣٢١.

ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد، ووجب الحدّ، والمهر عليه، وبالعكس تحدّ هي دونه ولا مهر على إشكال، ويلحق به الولد. ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب،

البرهان[1]» وهو واضح. وفي «تعليق الإرشاد[2]» للمحقّق الثاني أنّ هذا إن كانت الجناية عمداً، وإن كانت خطأً لم يثبت للسيّد على الغاصب شيء، وهو حقّ إن أراد أنّه لا يستقرّ عليه ضمان، لكن ذلك جارٍ فيما إذا جنى الأجنبيّ عامداً، فلا وجه لتخصيصه بالذِكر، وإن أراد أنّه مع ذلك ليس له عليه الرجوع فأوّل ممنوعٍ.

قوله: ﴿ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد، ووجب الحدّ، والمهر عليه﴾ الوجه في الجميع ظاهر. وبه ـ أي الجميع ـ صرّح في «المبسوط[3]» وغيره[4] والولد للمولى ويلحق بها وفائدته إذا طرأ عليهما أو على أحدهما العتق.

قوله: ﴿وبالعكس تُحدّ هي دونه﴾ المراد بالعكس أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه وحكمه أنّ عليها الحدّ ويلحق به الولد دونها كما صرّح به أيضاً في «المبسوط[5]» وغيره[6]، وتجب عليه قيمة الولد على ما سبق.

قوله: ﴿ولا مهر على إشكال﴾ ينشأ من كونها بغيّاً ومن أنّها مال الغير، والأصحّ العدم كما تقدّم[7] محرّراً إلّا أن يكون وطئها بعقد، فليلحظ.

قوله: ﴿ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالماً بالغصب

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥١.
(٢) لم نعثر عليه.
(٣ و٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨.
(٤ و٦) كتحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٥.
(٧) تقدّم في ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظرٌ، ينشأ من أنّ منافع البضع هـل تدخل تحت الغصب؟

فكالغاصب﴾ أي في جميع الأحكام المتعلّقة بالوطء حالة العلم. والحاصل: أنّ حاله حاله حالتي العلم والجهل كما في «المبسوط[1] والتذكرة وجامع المقاصد[2]» قال في «التذكرة» إلّا أنّ الجهل في المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق من قرب العهد بالإسلام أو خفاء ذلك عليه لبُعد داره عن دائرة الإسلام[3]. ونحوه ما في «المبسوط» وقد كانا اشترطا في جهل الغاصب بالتحريم قرب العهد أو بعد الدار[4].

قوله: ﴿وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظرٌ، ينشأ من أنّ منافع البضع هل تدخل تحت الغصب؟﴾ قدسبق للمصنّف في أواخر الركن الثاني[5] الجزم بأنّ منفعة البضع لا تضمن بالفوات، وبيّنّا الوجه فيه بما لا مزيد عليه ونقلنا كلام المخالف والمتردّد وقلنا: إنّ المصنّف تردّد هنا بعد الجزم هناك. ولاريب أنّ المشتري إذا وطئ الجارية لزمه المهر للمالك كما أنّه لاريب أنّ للمالك مطالبة الغاصب بسائر المنافع الّتي استوفاها المشتري ما عدا منفعة البضع الّتي هي المهر فإنّ في مطالبة المالك به للغاصب نظراً وتردّداً، فيصير معنى العبارة في مطالبة المالك الغاصب بهذا المهر اللازم للمشتري بالوطء كما يطالبه بسائر المنافع الّتي استوفاها المشتري فيكون مخيّراً بين أن يطالب أيّهما شاء وقرار الضمان على المشتري العالم نظر من أنّ منافع البضع هل تدخل تحت الغصب أم لا، لكن الشيخ

(١ و ٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨ و ٦٥ ـ ٦٦.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٣.

(٥) تقدّم في ص ١٥٩ ـ ١٦١.

في «المبسوط» جزم بأنّ له الرجوع عليه[١]، لأنّه بسبب يد المشتري، وهو متّجه على مذهبه فيه كما تقدّم بيانه[٢]. وهو قضية كلام «التحرير[٣] والتذكرة[٤]» حيث قال: كلّ ضمان يجب على المشتري فللمالك الرجوع على مَن شاء منهما ذِكره في «التذكرة» في مقامٍ آخر.

وقال في «جامع المقاصد[٥]»: يرد على المصنّف هنا أنّ عدم دخول منافع البضع تحت الغصب أمر متحقّق عنده فكيف يتردّد فيه ويبني النظر على التردّد فيه؟ ولو قال: ينشأ من أنّ منافع البضع لا تدخل تحت الغصب ولا تضمن إلّا بالاستيفاء ـ وهو منحصر في جانب المشتري ـ ومن أنّ عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد إنّما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها بالفوات أمّا إذا استوفيت فإنّها مضمونة لامحالة فقد أدّى الحال إلى الغرم فجرى مجرى الجناية وسببية الغاصب في ذلك لكان أولى وأوفق لما في التذكرة، انتهى.

ونحن نقول: كم له من تردّد بعد الجزم؟ بل قد جزم في رضاع الكتاب بأنّ منفعة البضع تضمن بالفوات وفاقاً للمبسوط وجماعة، والمحقّق في «الشرائع» جزم بعدم الضمان في باب الشهادات وتردّد في باب الرضاع، والشهيد أيضاً تردّد كما تقدّم بيان ذلك كلّه[٦]، فليس التردّد في المسألة بعد الجزم ببدعٍ ولا بعيد، وما حكاه عن «التذكرة» هو قوله: وهل للمالك مطالبة الغاصب به أي المهر ابتداءً؟ للشافعية وجهان[٧]. ولم تنقل تمام كلامه، لأنّ في النسخة سقطاً في المقام. والوجه

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٢) تقدّم في ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢.

(٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٧ و٤.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٧.

(٦) تقدّم في ص ١٥٩ ـ ١٦١.

الثاني من وجهي التردّد ـ الّذي قال في «جامع المقاصد[1]»: إنّه أولى ـ ضعيف جدّاً كما اعترف هو به لا ينبغي أن يكون سنداً للتردّد، لأنّ المقتضي للضمان في حقّ الغاصب منتفٍ، إذ لا استيفاء ولا سببية لليد، لأنّ البناء على أنّه لا يدخل تحت اليد، فمع انتفاء الأمرين لا تصحّ مطالبته به، ووجوبه على المشتري لمكان استيفائه لا يستدعي الوجوب على الغاصب. فالتردّد من المصنّف هنا لما ذكره لمكان جزم جماعة بالضمان وتردّد آخرين مع تعارض الأدلّة واختلاف اللوازم كما تقدّم أولى من تردّده لما ذكره في «جامع المقاصد» لما عرفت.

وقال في «الدروس»: في المهر وجهان: من حيث إنّ منافع البضع لا تضمن باليد ولو يوجد منه تفويت، ومن أنّها منفعة عين مضمونة[2]. وهو غير ما في «جامع المقاصد» لأنّ قضية الشقّ الثاني أنّها تضمن وإن لم تستوف. وفيه: أنّه إذا ثبت الشقّ الأوّل خصّص به الثاني لأنّه أخصّ منه، فلا تكافؤ بين الشقّين. فلا وجه للتردّد. وقد يكون أراد ما في جامع المقاصد، فليتأمّل.

وقال في «الإيضاح»: مراده بقوله «ينشأ من أنّ منافع البضع هل تدخل تحت الغصب؟» أي لو فوّتها الغاصب بوطئها عالمَين وهي مختارة هل يضمنها ويكون بمنزلة غصب منفعة أو لا؟ قد ذكر المصنّف في الإشكال السابق من أنّه حقّ للمالك أتلفه الغاصب فيضمنه ولأنّه مأخوذ بأشقّ الأحوال، ومن النهي عن مهر البغي، فإن قلنا بضمانه إذا وطئها الغاصب عالمين ضمنه الغاصب هنا، لأنّ ما يفوته غيره من يده كما يفوته هو، وإن قلنا لا يضمنه الغاصب لم يضمن هنا، انتهى[3]. والظاهر أنّه بعيد عن العبارة إلّا أن يكون سمعه مشافهة.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٨.

(٢) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٠.

ولا يجب إلّا مهر واحد بوطئات إذا اتّحدت الشبهة، وفي تعدّده مع تعدّده مع الاستكراه نظرٌ.

وفي «جامع المقاصد» لا شبهة في أنّه وهمٌ[1]. هذا ولا فرق في المسألة بين أن نقول للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب أم لا.

قوله: ﴿ولا يجب إلّا مهر واحد بوطئات إذا اتّحدت الشبهة﴾ كما في «التذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» وهو قضية كلام «التحرير[5] والإيضاح[6]» وذلك كما إذا كان الغاصب أو المشتري جاهلاً، لأنّ الجهل شبهة واحدة مطّردة فأشبه ما إذا وطئ في النكاح الفاسد مراراً، فالوجه حينئذٍ أنّ مناط وجوب ذلك المهر هو الوطء حال الشبهة وهي متّحدة، فلا أثر لتعدّد الوطء. وقضية العبارة وغيرها كما هو صريح «الدروس[7] وجامع المقاصد[8]» أنّه إذا تعدّدت الشبهة وتعدّد الوطء أنّه يتعدّد المهر، وهو كذلك. وهذه المسألة من الاُمور الّتي خالفت فيها منفعة البضع سائر المنافع.

وقد يقال[9] بالتعدّد في صورة الجهل، لأنّ الوجوب هنا لإتلاف منفعة البضع واستيفائها، فيتعدّد المهر بتعدّد الإتلاف والاستيفاء، وهو حاصل، فلا معنى للإحالة على تعدّد الشبهة، وإنّما يحسن الاستناد إليه حيث لا يجب المهر لولاه، وهو أوّل الكلام، وفرق بينه وبين النكاح الفاسد، فتأمّل. ولو وطئها مرّة جاهلاً ومرّة عالماً وجب مهران، وهو كذلك إلّا إذا كانت عالمة مختارة.

قوله: ﴿وفي تعدّده مع تعدّده مع الاستكراه نظرٌ﴾ كما في

(١ و٤ و٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٨.
(٢ و٩) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ١٦ و١٧.
(٣ و٧) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٣.
(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩١.

«التحرير[1]» ووجه النظر ينشأ من تعدّد السبب، ومن أنّ السبب هو الوطء، إذ لا شبهة هنا، وهو صادق مع الوحدة والكثرة، والأمر المعلّق على شرط لا يلزم تعدّده بتعدّد الشرط، والفرق بينه وبين الشبهة أنّ الشبهة لولاها لانتفى المهر وأنّها كالنكاح إذا تعدّد عقده والاعتبار في الإكراه بمجرّد الوطء.

والأصحّ التعدّد كما في «التذكرة[2] والدروس[3] والإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» لتعدّد السبب، لأنّ الإكراه بمنزلة الشبهة في حقّ المكرهة، فإذا تعدّد كان كما لو تعدّدت الشبهة، ومعناه أنّ المعلّق عليه هنا علّة، لأنّ الإكراه الثاني غير الإكراه الأوّل، وكذا الوطء الثاني غير الأوّل، والإكراه هو العلّة أو هو مع الوطء، أو تقول: إنّ المدار على القاعدة وإلّا فقد يتّحد الإكراه عرفاً ويتعدّد الوطء كما إذا شدّ يديها ورجليها ووطئها وطئات متعدّدة. وأمّا التعليق فالتحقيق فيه أنّ المستفاد من أخبار الباب كقول أميرالمؤمنين عليه السلام في خبر طلحة: إذا اغتصب الرجل أمةً فاقتضّها ... الخبر[6] وكذا غيره[7] إعطاء قاعدة وضرب قانون، وهو أنّ الإكراه في الوطء علّة في وجوب العقر، وذلك هو المستفاد من الإجماع، على أنّ «إذا» من أدوات العموم عرفاً، والتكرار فيما علّق على شرط وكان من أدوات العموم محلّ وفاق، وإنّما النزاع في غيره، على أنّا نقول: إنّ الشروط في كلام الحكيم تحمل على العموم مطلقاً، وإلّا لكان الشرط لغواً مع أنّ عادته ضرب القوانين وإعطاء القواعد،

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ١٧.

(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.

(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩١.

(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٨.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب المهور ح ٢ ج ١٥ ص ٥٢.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٣٧.

ومع الجهل ينعقد حرّاً، ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب، فإنّ الشراء لا يوجب ضمان الولد.

ولا كذلك في كلام غيره كما إذا قال: أعطه درهماً إن دخل الدار، وكذا إذا قال: اشتر اللحم إذا دخلت السوق، وتمام الكلام في فنّه.

[في ضمان مشتري الغصب قيمته وقيمة منافعه]

قوله: ﴿ومع الجهل ينعقد حرّاً، ويضمن المشتري القيمة﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» أمّا الأوّل فللشبهة وخبري زرارة[7] وجميل[8] كما تقدّم[9] في البيع. وأمّا الثاني فلما سبق في الغاصب[10]، وخبر جميل قال فيه أبو عبدالله عليه السلام: ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد[11].

قوله: ﴿ويرجع بها على الغاصب، فإنّ الشراء لا يوجب ضمان الولد﴾ قد صرّح برجوعه بها عليه في الكتب الستّة المذكورة[12]. وفي «المسالك» أنّه الأشهر[13]. وهو صريح خبر جميل. وبه طفحت عباراتهم[14] في باب البيع من

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٢٨.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤١ ـ ٥٤٣.
(٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣١٩.
(٦ و١٣) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٨.
(٧ و٨ و١١) وسائل الشيعة: ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ و٣ و٥ ج ١٤ ص ٥٩٢.
(٩) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٤٢ ـ ٤٤٤ في حكم وطئ الأمة الحامل من السحق.
(١٠) تقدّم في ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.
(١٢) تقدّم ذِكرها آنفاً.
(١٤) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: في ابتياع الحيوان ص ٦٠١، والعلّامة في مختلف الشيعة: في بيع الحيوان ج ٥ ص ٢٢٧، والطباطبائي في رياض المسائل: في ملحقات بيع الحيوان ج ٨ ص ٤١٥.

ويضمن المشتري أُجرة المنفعة الّتي فاتت تحت يده،

«المقنعة» إلى «الرياض». وفي «التذكرة[1]» وظاهر «التنقيح[2]» الإجماع عليه، لأنّ الولد على تقدير صحّة الشراء يكون للمشتري مجّاناً بغير عوض بخلاف المبيع فإنّه في مقابلة الثمن فليس مجّاناً، فيكون مضموناً بهذا الاعتبار، ولهذا لايرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلّمه. وقال في «الشرائع»: فيه احتمال آخر[3] وأراد به احتمال إلحاق عوضه ـ أي الولد ـ بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر، لأنّ نفع حرّية الولد تعود إليه. وهذا خلاف الأشهر، وإليه أشار به في «المسالك[4]» ويأتي[5] إن شاء الله تعالى تمام الكلام. وقال في «الشرائع» أيضاً: وقيل في هذه له مطالبة أيّهما شاء[6]. وظاهره أنّه يتعيّن رجوع المالك على الغاصب خاصّة. والأصحّ الأوّل كما في «المسالك[7]» وبه صرّح في «التحرير[8] والتذكرة[9]» في المقام. ولعلّه الظاهر من كلام الباقين. وقد تقدّم[10] مثله «للشرائع» فيما إذا قدّم له طعام الغير ضيافةً فنقل قولاً بأنّه يرجع على الغاصب من أوّل الأمر ولا يتخيّر، وقلنا: إنّه ليس لأحدٍ من طائفتنا وإنّما هو للشافعي في القديم وبعض كتب الجديد.

قوله: ﴿ويضمن المشتري أُجرة المنفعة الّتي فاتت تحت يده﴾ لأنّها مضمونة بمجرّد إثبات اليد.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣٤٠.

(٢) التنقيح الرائع: في بيع الحيوان ج ٢ ص ١٢٧.

(٣ و٦) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.

(٤ و٧) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٨.

(٥) سيأتي في ص ٣٦١ ـ ٣٦٥.

(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٣٢.

(١٠) تقدّم في ص ١٠١ ـ ١٠٢.

ومهر المثل عند الوطء، وقيمة الولد عند انعقاده حرّاً، ويرجع بكلّ ذلك على الغاصب مع جهله، ويغرّم قيمة العين إذا تلفت ولا يرجع،

قوله: ﴿ومهر المثل عند الوطء﴾ لأنّ منفعة البضع تضمن بالاستيفاء.

قوله: ﴿ويرجع بكلّ ذلك على الغاصب مع جهله﴾ لمكان الغرور وإن كان في بعضها خلاف كما سيحكيه، إذ الجزم بالرجوع لا ينافي حكاية الخلاف فيه.

قوله: ﴿ويغرّم قيمة العين إذا تلفت ولا يرجع﴾ أي وإن كان جاهلاً، لأنّه إنّما دخل على كونها مضمونة فلا غرور بالنسبة إليها مع جهله. وقال في «جامع المقاصد»: هذا إنّما يستقيم بالنسبة إلى ما قابل الثمن، فلو زادت قيمة العين على الثمن فالأصحّ رجوعه بالزائد لدخوله على أنّه في حكم ما لا عوض له فيتحقّق الغرور[1]. قلت: وهو خيرة ولده في «شرح الإرشاد[2]» والشهيدين[3] وغيرهم[4] في باب البيع. وقد استشكل هو فيه[5] في موضع من باب البيع وولده في «الإيضاح[6]» وفي «التذكرة[7]» في الباب. وقد يلوح أو يظهر منه القول بالرجوع. وجزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيّنّاه في باب البيع الفضولي[8] وفي القسم الرابع من أقسام البيع[9] المحظور من المكاسب وغيرهما.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٠.

(٢) شرح الإرشاد للنيلي: في البيع ص ٤٦ السطر الأوّل.

(٣) الدروس الشرعية: في بيع الفضولي ج ٣ ص ١٩٣، ومسالك الأفهام: البيع في شروط المتعاقدين ج ٣ ص ١٦١.

(٤) كجامع المقاصد: البيع في المتعاقدين ج ٤ ص ٧١.

(٥) إرشاد الأذهان: البيع في المتعاقدين ج ١ ص ٣٦١.

(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩١.

(٧) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ١٣.

(٨ و ٩) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٩٨ ـ ٥٩٩ في حكم بيع الفضولي.

وكذا المتزوّج من الغاصب لا يرجع بالمهر، وفي رجوع المشتري بقيمة منفعةٍ استوفاها خلاف.

قوله: ﴿وكذا المتزوّج من الغاصب لا يرجع بالمهر﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]». وفي «الدروس» فيه وجهان[3]، وقد وجّه عدم الرجوع في الأوّلين بأنّه إنّما دخل على وجوب المهر فلا تغرير فيه. وقال في «جامع المقاصد»: لكن لو كان المسمّى أقلّ من مهر المثل ينبغي أن يرجع بالزائد لتحقّق الغرور فيه، قال: وأطلق في التذكرة كما هنا وإن كان آخر كلامه يدلّ على ما قلناه حيث قال: والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه مَن ترتّبت يده على يد الغاصب عن جهل، فإن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به، وإن شرع على أن لا يضمنه فإن لم يستوف ما يقابله رجع، وإن استوفى فقولان للشافعية[4]. قلت:وإلى ذلك أشار في«الدروس»بعد قوله «فيه وجهان» بقوله: لرجوع المشتري الجاهل بقيمة العين على الغاصب[5]، إذ قضيّته أنّه يرجع بالزائد عن المسمّى من مهر المثل ولا يرجع المتزوّج على الغاصب بأُجرة الخدمة لو رجع المالك بها عليه، لأنّ التزويج لا يتضمّن إباحة الخدمة.

قوله: ﴿وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف﴾ فالشيخ في «الخلاف[6] والمبسوط[7]» في موضع منه والآبي في «كشف الرموز[8]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٨ س ٣١ ـ ٣٧.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٠.

(٣ و ٥) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.

(٦) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٠ مسألة ٢٣.

(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧١.

(٨) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٤.

وشيخنا في «الرياض[١]» وظاهر «السرائر[٢]» أنّه لا يرجع للأصل ولأنّه مباشر الإتلاف، فكان كقيمة الجارية ولأنّه لمّا حصل له نفع وحصل عنده عوضه كأن سكن الدار وأكل الثمرة وشرب اللبن كان كأنّه قد اشترى واستكرى فلم يحصل عليه ضرر. والإجماع على ترتّب الضمان على الغارّ لا نعلم تناوله لما إذا لم يلحقه ضرر كما هو المفروض، فلا معارض يصلح لمعارضة ما تقدّم.

والشيخ في «المبسوط[٣]» في موضعٍ آخر والمحقّق في تجارة «النافع[٤]» وظاهر تجارة «الشرائع[٥]» وفخر الإسلام في «الإيضاح[٦] وشرح الإرشاد[٧]» والشهيدان في «الدروس[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[١١]» والمقدّس الأردبيلي[١٢] والمصنّف في ظاهر تجارة[١٣] «الكتاب» والشهيد في غصب «الدروس[١٤]» والمقداد[١٥] وأبو العبّاس في «المقتصر[١٦]» والمحقّق الثاني في

(١) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٩٠.
(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٣٢٥ و٤٩٣.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٨٨.
(٤) المختصر النافع: في التجارة ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.
(٥) شرائع الإسلام: البيع في المتعاقدين ج ٢ ص ١٤.
(٦) إيضاح الفوائد: البيع في المتعاقدين ج ١ ص ٤٢٠ ـ ٤٢١.
(٧) شرح الإرشاد للنيلي: البيع في المتعاقدين ص ٤٦.
(٨) الدروس الشرعية: في بيع الفضولي ج ٣ ص ١٩٣.
(٩) مسالك الأفهام: البيع في شروط المتعاقدين ج ٣ ص ١٦٠.
(١٠) الروضة البهية: في عقد البيع ج ٣ ص ٢٣٦ ـ ٢٣٨.
(١١) جامع المقاصد: البيع في المتعاقدين ج ٤ ص ٧٧.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: البيع في المتعاقدين ج ٨ ص ١٦٤.
(١٣) انظر قواعد الأحكام: البيع في شرائط المتعاقدين ج ٢ ص ١٩.
(١٤) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٥.
(١٥) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٥.
(١٦) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٤.

«جامع المقاصد[1]» والمحقّق في ظاهر «الشرائع» أنّه يرجع به[2]. وفي «التنقيح» أنّ عليه الفتوى[3]. وهو قضية إطلاق الباقين، لأنّه غرّه، لأنّه سلّطه عليه بأن يأكله مجّاناً ولا يعطي شيئاً غير ثمن المبيع. ولعلّه لو علم أنّه ليس له لم ينتفع بـه فـلم يسكن بأُجرة ولم يشرب درّاً بقيمة فكان الضرر حاصلاً، فكان الإجماع له متناولاً، فكان بمنزلة ما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً، والتنظير بقيمة الجارية قياس مع الفارق. وليس في جميع الأخبار ما يدلّ على أحد أمرين إلّا ما ستسمع من الفحوى.

ولا ترجيح في غصب «النافع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والتبصرة[7] والمهذّب البارع[8] والمسالك[9] والكفاية[10]» ولا في تجارة «التذكرة[11] والتحرير[12] ونهاية الإحكام[13] والإرشاد[14]».

وليعلم أنّ العقر وأُجرة الخدمة ممّا حصل له في مقابلته نفع كأُجرة السكنى وقيمة الثمرة واللبن كما صرّح به في «غاية المراد[15]» وغيرها[16].

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٦.
(٣) التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٥. (٤) المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٩.
(٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٨ س ٢٠.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢.
(٧) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩. (٨) المهذّب البارع: في الغصب ج ٤ ص ٢٥٥.
(٩) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٧.
(١٠) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٥.
(١١) تذكرة الفقهاء: في بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣٤٠.
(١٢) تحرير الأحكام: في مباحث أحكام الابتياع ج ٢ ص ٤٠٩.
(١٣) نهاية الإحكام: في المعقود عليه ج ٢ ص ٤٧٨.
(١٤) إرشاد الأذهان: البيع في المتعاقدين ج ١ ص ٣٦٠ ـ ٣٦١.
(١٥) غاية المراد: البيع في المتعاقدين ج ٢ ص ٢٢.
(١٦) كمجمع الفائدة والبرهان: البيع في المتعاقدين ج ٨ ص ١٦٤.

ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص،

وقد جزم جمٌّ غفير ممّن توقّف أو حكم بعدم الرجوع هنا بأنّه يرجع بهما في باب البيع ومنهم شيخنا صاحب «الرياض[١]» مستندين إلى ما تقدّم وإلى أنّ فحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابلة القيمة تدلّ على الرجوع هنا بطريق أولى، وقد نقلنا كلامهم في ذلك في بيع الحيوان[٢] وقد استوفينا الكلام في أصل المسألة في البيع الفضولي[٣].

وأمّا ما لم يحصل له في مقابلته نفع فقد حكى الإجماع فخر الإسلام[٤] على أنّ للمشتري أن يرجع بما غرمه لأجله، ونسب إلى الأصحاب في «الكفاية[٥] والرياض[٦]» وهو كذلك.

[فيما لو بنى المشتري في المبيع المغصوب]

قوله: ﴿ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص﴾ كما في «التحرير[٧] والإيضاح[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠]» ولا ترجيح في

---

(١) رياض المسائل: في ملحقات بيع الحيوان ج ٨ ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

(٢) تقدّم في ج ١٣ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٩ في حكم العقد وأجر الخدمة ... .

(٣) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٩٠ وما بعده في حكم بيع الفضولي.

(٤) شرح الإرشاد للنيلي: البيع في المتعاقدين ص ٤٦ س ٣.

(٥) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٥.

(٦) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٩.

(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٣.

(٨) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩١.

(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢١.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٧.

«التذكرة[١]» ومعناه أنّه لو بنى المشتري في المبيع المغصوب جاهلاً بالغصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنّه يرجع بأرش نقص البناء ونقص الآلات إن نقصت بالقلع، لأنّ البائع سبب والمشتري مباشر والسبب هنا أقوى، وإذا كان أقوى كان الضمان عليه إجماعاً. ووجه قوّته أنّ المشتري مغرور، لأنّه إنّما دخل على انتقال المبيع إليه وجواز التصرّفات له من بناءٍ وغيره لظنّ السلامة، وسبب هذا الظنّ تغرير الغاصب، فكان كما لو قدّم إليه طعامه فأكله فإنّه يضمنه لمكان التغرير بالإباحة، فهنا أولى، لأنّه تمليك والتمليك أقوى من الإباحة، فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند إلى غرور البائع إيّاه، والفائت من ماله هنا هو نقص البناء والآلات. ويحتمل عدمه، لأنّه بالبناء متلف ماله بفعله، والبائع لم يأمره به، فلا يرجع به كما لا يرجع بما أنفق على العمارة. وللشافعية وجهان أظهرهما عندهم أنّه يرجع[٢].

قلت: قد أطبقوا على أنّ المشتري الجاهل يرجع على الغاصب بما يغرمه ممّا ليس في مقابلته نفع كالنفقة على العبد والدابّة ونحوهما والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك، لأنّ فوات ذلك بتغريره. ولا فرق عند التحقيق بين هذه الأمور وما نحن فيه.

والمراد بالعمارة هنا العمارة في جدران (جدار ـ خ ل) المالك بآلات المالك وهي خلاف البناء في العمارة (العبارة ـ خ ل). وفي «الإيضاح[٣] وجامع المقاصد[٤]» أنّه لا يرجع بما أنفق على البناء من الاُجرة لأنّها عوض عنه، وفي حاشية الأوّل الإجماع على ذلك. وينبغي أن يرجع بأُجرة نقض البناء ـ بالضاد المعجمة ـ إذا أمره المالك بنقضه. ومثل البناء الغرس كما في «التذكرة[٥]».

(١ و ٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٨ س ٢٨ و ٢٩.
(٢) راجع الوجيز: في الغصب ص ١٧٤.
(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٢.
(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢١.

ولو تعيّب في يده احتمل الرجوع ـ لأنّ العقد لايوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة ـ وعدمه.

[فيما لو تعيّب الغصب في يد المشتري]

قوله: ﴿ولو تعيّب في يده احتمل الرجوع، لأنّ العقد لا يوجب ضمان الأجزاء﴾ هذه المسألة قد تقدّم الكلام فيها في باب بيع الحيوان[١] وفي باب العيب[٢]، لأنّها مبنية على مسألة ما إذا تجدّد العيب في الحيوان بعد العقد وقبل القبض فإنّهم أجمعوا على أنّه له الفسخ والردّ والإمساك مجّاناً، واختلفوا في أنّه هل له الإمساك بالأرش أم لا؟ فالأوّل خيرة «النهاية[٣] والشرائع[٤] والنافع[٥] والتحرير[٦] والتذكرة[٧] والإرشاد[٨] والمختلف[٩] والإيضاح[١٠] والدروس[١١] واللمعة[١٢] والمقتصر[١٣] والتنقيح[١٤] وجامع المقاصد[١٥] وتعليق الإرشاد[١٦]

---

(١) تقدّم في ج ١٣ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٥.
(٢) تقدّم في ج ١٤ ص ٤٠٤ ـ ٤١٠.
(٣) النهاية: في العيوب الموجبة للردّ ص ٣٩٥.
(٤) شرائع الإسلام: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٦.
(٥) المختصر النافع: في لواحق البيع ص ١٢٦.
(٦) تحرير الأحكام: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٤٠٥.
(٧) تذكرة الفقهاء: في بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣١٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في بيع الحيوان ج ١ ص ٣٦٥.
(٩) مختلف الشيعة: في العيوب ج ٥ ص ١٨١ ـ ١٨٢.
(١٠) إيضاح الفوائد: في أحكام المبيع ج ١ ص ٤٣٨.
(١١) الدروس الشرعية: في القبض ج ٣ ص ٢١٢.
(١٢) اللمعة الدمشقية: في بيع الحيوان ص ١١٨.
(١٣) المقتصر: في الخيار ص ١٧٦.
(١٤) التنقيح الرائع: في العيوب ج ٢ ص ٨٥.
(١٥) جامع المقاصد: في بيع الحيوان ج ٤ ص ١٣٩.
(١٦) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في بيع الحيوان ص ٣٥٥.

والمسالك[1] والروضة[2] ومجمع البرهان[3]» وهو المحكي عن التقيّ[4] والقاضي[5] وظاهر «غاية المراد[6]» أو صريحها، كما أنّه قد يدّعى[7] بأنّه ظاهر «الوسيلة». وفي «المسالك» أنّه المشهور[8]، لأنّه عوض عن جزء فائت، وإذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاؤها وأوصافها، لأنّ المقتضي للضمان في الجميع، وهو عدم القبض، موجود في الأجزاء والصفات.

وفيه: أنّ المشبّه به لا ضرر فيه على البائع، لأنّ التلف موجب لبطلان البيع، ولاكذلك ما نحن فيه فإنّ فيه ضرراً على البائع، لعدم رضاه ببذل العين إلّا في مقابلة تمام الثمن، فأخذ المبيع منه ببعضه تجارة عن غير تراضٍ. ويؤيّده أنّ المال للمشتري، فيكون العيب والتلف منه خرج التلف بدليله وبقي الباقي.

وفي «المختلف[9] والإيضاح[10] والتنقيح[11]» أنّ إلزام المشتري بالردّ أو الإمساك مجّاناً نوع ضرر، إذ الحاجة أقدمته على المعاوضة وإلّا لم توجد، فإلزامه بجميع الثمن ضرر عظيم. ومثله ما في «غاية المراد[12]».

وفيه: أنّ حاجة المحتاج لا تؤثّر أثراً في مالٍ آخر، هؤلاء الفقراء محتاجون إلى مال الأغنياء وأقوى ما يستدلّ[13] به للمشهور صحيحة عبدالله بن سنان[14]،

---

(١) مسالك الأفهام: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٧٨.
(٢) الروضة البهية: في بيع الحيوان ج ٣ ص ٣١٩.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في بيع الحيوان ج ٨ ص ٤٣٥.
(٤ و٥) الحاكي عنهما هو الطباطبائي في رياض المسائل: في مسقطات الردّ بالعيب ج ٨ ص ٢٧٦.
(٦ و١٢) غاية المراد: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٦١ ـ ٦٢.
(٧) المدّعي هو أبوالعباس في المهذّب البارع: في العيوب ج ٢ ص ٤١٣.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام العيوب ج ٣ ص ٢٨٤.
(٩) مختلف الشيعة: في العيوب ج ٥ ص ١٨٢.
(١٠) إيضاح الفوائد: في أحكام البيع ج ١ ص ٤٣٨. (١١) التنقيح الرائع: في العيوب ج ٢ ص ٨٥.
(١٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في العيب وأحكامه ج ٨ ص ٤٣٥.
(١٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الخيار ح ٢ ج ١٢ ص ٣٥٢.

وما أُورد[1] عليها غير وارد، والشهرة تجبر دلالته مؤيّداً بإطباق العامّة على خلافه، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابّة أو يحدث فيه حدث على مَن ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع له، كذا في «التهذيب[2]». وفي «الكافي[3]» لا ضمان على المبتاع حتّى ينقضي الشرط ويصير المبيع له. واشتماله على ما لا نقول به لا يضرّه، على أنّه يؤول مصير المبيع باستقراره والإجماع المركّب يصحّح المفهوم، إذ قضيّته أنّه لو انقضى الخيار ولم يقبض أنّه لايضمن، وليس كذلك.

وفي «الخلاف[4] والمبسوط[5] والسرائر[6] وكشف الرموز[7]» أن ليس للمشتري إلّا الردّ والإمساك، وليس له إجازة البيع مع الأرش. ونقل ذلك في «السرائر[8]» عن المقنعة[9] ولم نجده فيها. وفي «كشف الرموز[10]» عن نكت النهاية. وفي «الخلاف» نفي الخلاف عن ذلك[11]، وجماعة[12] توقّفوا ولم يرجّحوا أحداً من القولين. وتمام

---

(١) كما في رياض المسائل: في مسقطات الردّ بالعيب ج ٨ ص ٢٧٧.

(٢) تهذيب الأحكام: في عقود البيع ح ١٠٣ ج ٧ ص ٢٤.

(٣) الكافي: في الشرط والخيار في البيع ح ٣ ج ٥ ص ١٦٩.

(٤ و ١١) الخلاف: في حدوث العيب في المبيع ج ٣ ص ١٠٩ مسألة ١٧٨.

(٥) المبسوط: في الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٢٧.

(٦ و ٨) السرائر: في العيوب الموجبة للردّ ج ٢ ص ٢٩٨ و ٣٠٥.

(٧ و ١٠) كشف الرموز: في القبض ج ١ ص ٤٨٣ ـ ٤٨٤.

(٩) الموجود في المقنعة الّتي بأيدينا خلاف ما نقل عنه في السرائر من نسبته إليها فإنّه رحمه الله قد صرّح في عبارته بجواز الأرش بل تعيّنه في المقام، فراجع المقنعة: ص ٥٩٦ ـ ٥٩٧ (طبع مؤسّسه النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ـ قم).

(١٢) منهم ابوالعباس في المهذّب البارع: في كتاب التجارة ج ٢ ص ٤١٩، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام خيار العيب ج ١٩ ص ٨٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في مسقطات الردّ بالعيب ج ٨ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد لأنّه زيادة جديدة.

الكلام في المسألة في المقامين من باب البيع.

إذا تقرّر هذا نعد إلى عبارة الكتاب، ومعناها أنّه لو تعيّب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً بآفةٍ سماوية فغرمه المالك الأرش احتمل أنّ له الرجوع على الغاصب بما غرمه أرشاً، لأنّه دخل على أنّ المضمون عليه هو الجملة دون الأجزاء لعدم مقابلتها بالثمن إنّما المقابل به هو المجموع. وهذا مبنيّ على مذهب الشيخ في «الخلاف[1] والمبسوط[2]» ويحتمل عدم الرجوع، لضمان الأجزاء فإنّها مقابلة بأجزاء الثمن. وهذا هو الأقوى كما في «الإيضاح[3] وجامع المقاصد[4]» وهو قضية مختار المشهور. ولا ترجيح في «التذكرة[5] والتحرير[6]» لكنّه يذهب فيهما في باب البيع[7] إلى المشهور. وكان الأولى بالمصنّف أيضاً أن يرجّح هنا العدم بناءً على ما اختاره في بيع الكتاب في موضعين[8] منه من موافقة المشهور، لكنّه في باب القبض استشكل[9].

وعلى المختار لو كان الأرش الّذي غرمه المالك للمشتري في مسألتنا بقدر قسط ذلك من الثمن فلا رجوع له، وإن زاد فالأصحّ رجوعه بالزائد.

قوله: ﴿ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد﴾ قد تقدّم[10] أنّه حيث يكون

---

(١) الخلاف: في حدوث العيب بالمبيع ج ٣ ص ١٠٩ مسألة ١٧٨.

(٢) المبسوط: في الخراج بالضمان ج ٢ ص ١٢٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٢ ـ ١٩٣.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٨ س ١٣ ـ ١٩.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢ ـ ٥٤٤.

(٧) تذكرة الفقهاء: في بيع الحيوان ج ١٠ ص ٣١٥، تحرير الأحكام في أحكام الابتياع ج ٢ ص ٤٠٥.

(٨) قواعد الأحكام: في بيع الحيوان ج ٢ ص ٣٠، وفي لواحق العيب ج ٢ ص ٧٨.

(٩) المصدر السابق: البيع في التسليم ج ٢ ص ٨٨.

(١٠) تقدّم في ص ٣٢٢ و ٣٣٢.

ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأُنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب،

الواطئ للجارية عالماً بالغصب والتحريم فحملت ثمّ ولدت أنّ الولد يكون رقّاً للمالك وعلى الواطئ أرش نقصان الولادة. وقد طفحت بذلك عباراتهم. وقضية ذلك أنّ نقصان الأمة بالولادة لا ينجبر بالولد. وبه صرّح في «التذكرة والتحرير[1] وجامع المقاصد[2]» قال في الأوّل: إنّ الولد له ويأخذ الأرش عند علمائنا. وظاهره الإجماع عليه، على أنّه لم ينسب الخلاف إلّا إلى أبي حنيفة، قال: وقال أبو حنيفة بالجبران، وليس بجيّد[3]. وقد وجّهه هنا بأنّ الولد زيادة جديدة حدثت على ملكه، أي وهي غير مجانسة للفائت ليتمّ على ما تقدّم له. ومعناه أنّ الولد له وإن لم يكن في الأُمّ نقصان، وملكه هنا لا يجبر نقصان ملكه.

[في أنّ الولد في الحيوان تابعٌ للأُنثى]

قوله: ﴿ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأُنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب﴾ إجماعاً على الظاهر كما في «جامع المقاصد[4]». وفي «المسالك[5]» وكذا «الكفاية[6]» أنّه لا خلاف في كون الولد في الحيوان غير الإنسان تابعاً للأُنثى سواء كانت للغاصب أو لغيره.

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٢ ـ ٥٤٤.
(٢ و ٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٢.
(٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٨ س ٤٢.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٦.
(٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.

وعليه الأجرة على رأي،

وبالحكم المذكور صرّح في «المبسوط[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والدروس[7] وجامع المقاصد[8] ومجمع البرهان[9]» من دون تأمّل ولا نقل خلاف إلّا من الأخيرين حيث تأمّلا في ذلك، قال في الأوّل: إنّه يرد عليه أنّ الولد منيّ الفحل فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحبّ إذا نبت في أرض الغير. وأنت خبير بأنّ الفرق واضح فإنّ النطفة لا قيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها ولا واجبة الردّ إلى مالك الفحل، والنشوء والنماء من الأنثى، ولا كذلك الحبّ فإنّه مملوك له قيمة ويجب ردّه ولهذا أطبقوا على اختلافهما في الحكم.

قوله: ﴿وعليه الأُجرة على رأي﴾ هو مذهب أهل البيت عليهم أفضل السلام كما في «السرائر» وقال أيضاً: عليه أُجرة الفحل عندنا. وقال: وما قاله وذكره شيخنا في مبسوطه من أنّ أُجرة الفحل لا تجب على الغاصب، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله[10] نهى عن كسب الفحل، فهو حكاية مذهب المخالفين فلا

---

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦.
(٢) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٣) شرائع الإسلام: في حكم الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٦.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(٧) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٢.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٠ ـ ٥٤١.
(١٠) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب ما يكتسب به ح ١٣ و١٤ ج ١٢ ص ٦٥.

يتوهّم متوهّم عليه أنّه اعتقاده[١]. لكنّ المحقّق[٢] والمصنّف في «التحرير[٣] والمختلف[٤]» وولده[٥] وغيرهم[٦] لم يلتفتوا إلى ما ذكره أخيراً في السرائر ونسبوا الخلاف إليه في المبسوط.

وكيف كان، فالرأي خيرة «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والمختلف[١١] والإيضاح[١٢] والدروس[١٣] وجامع المقاصد[١٤] ومجمع البرهان[١٥] والمسالك[١٦] والكفاية[١٧]». وفي الأخيرين نسبته إلى الأكثر. وليست في محلّها، لانحصار الخلاف ـ إن كان ـ في الشيخ في «المبسوط[١٨]» وهو نادر، لأنّه بنى عدم وجوبها على أنّها محرّمة. وقد قال في «الشرائع[١٩]» في المقام: إنّ أُجرة ضراب الفحل ليست محرّمة عندنا. وفي مكاسب «التذكرة[٢٠] ونهاية الإحكام[٢١]» أنّ استئجار الفحل للضراب ليس محرّماً عند علمائنا. مضافاً إلى ما في

(١) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٢ و٧ و١٩) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٣ و٩) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨.
(٤ و١١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٨.
(٥ و١٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٣.
(٦) كالشهيد في الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(٨) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٦.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧.
(١٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦.
(١٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٢.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٠ ـ ٥٤١.
(١٦) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٦.
(١٧) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.
(١٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦.
(٢٠) تذكرة الفقهاء: البيع في العوضين ج ١٠ ص ٦٧ ـ ٦٨.
(٢١) نهاية الإحكام: فيما يشترط في المعقود عليه ج ٢ ص ٥٠٩.

والأرش لو نقص بالضراب،

«السرائر». وقد قال في «المسالك[١] والكفاية[٢]»: إنّهم حملوا النهي في الخبر على الكراهية. قلت: أو على بيع مائه، فإذا كان الأمر كذلك كيف يصحّ نسبته إلى الأكثر؟ والخبر مروي في «نهاية» ابن الأثير[٣] وغيرها[٤] أنّه صلى الله عليه وآله نهى عن عسب الفحل. وعسبه ماؤه وضرابه كما بيّنّاه في باب المكاسب[٥].

قوله: ﴿والأرش لو نقص بالضراب﴾ كما في «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والشرائع[٨]» وسائر ما ذكر بعدها[٩] آنفاً سوى المختلف والإيضاح، لأنّه لم يذكر فيهما: ولا يتداخل الأرش والأُجرة، وإن كان لزوم الأرش بسبب نقص حصل بالاستعمال الّذي أخذ أُجرته، لكن قد يقال[١٠]: إن لحظنا في الأُجرة النقص فقلنا يلزمه أُجرة مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا لا يبعد التداخل كما تقدّم فيما سلف[١١].

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٦.
(٢) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.
(٣) نهاية ابن الأثير: ج ٣ ص ٢٣٤ مادّة «عسب».
(٤) كما في المصباح المنير: ج ٢ ص ٤٠٨ مادّة «عسب».
(٥) تقدّم في ج ١٢ ص ٤٦٨ وما بعده.
(٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦.
(٧) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.
(٨) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٢.
(٩) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٦، تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٣٨، إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٧، الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٦، جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٢، مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤١، مسالك الأفهام: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٠٦، كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٠.
(١٠) قاله الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤١.
(١١) تقدّم في ص ١٦٣ ـ ١٦٧.

ولا تتداخل الأُجرة والأرش، فلو هزلت الدابّة لزمه الأمران وإن كان النقص بغير الاستعمال.

وفوائد المغصوب للمالك أعياناً كانت كالولد والثمرة (كـالثمرة والولد ـ خ ل) أو منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب.

قوله: ﴿ولا تتداخل الأُجرة والأرش، فلو هزلت الدابّة لزمه الأمران وإن كان النقص بغير الاستعمال﴾ قد استوفينا[1] ولله الحمد الكلام في المسألة في أواخر الركن الثالث عند قوله «وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب ... إلى آخره» وحكينا عدم التداخل فيما إذا كان النقص بالاستعمال عن الشيخ والمحقّق والمصنّف في جملة من كتبه وولده والشهيدين والمحقّق الثاني والمقدّس الأردبيلي وقلنا: إنّه ينبغي أن يكون لكلّ يوم أرش وأُجرة، ويجيء حينئذٍ احتمال أكثر الأمرين كما تقدّم.

ولا يخفى ما في قوله «وإن كان النقص بغير الاستعمال» إذ ليس هـو الفـرد الأخفى، والأخفى هو ما إذا كان النقص بالاستعمال لاحتمال التداخل بـخلاف ما إذا لم يكن بالاستعمال فإنّه لا تداخل وجهاً واحداً كما في «جامع المقاصد».

[في أنّ فوائد المغصوب للمالك]

قوله: ﴿وفوائد المغصوب للمالك أعياناً كـانت كـالولد والثـمرة أو مـنافع كسكـنى الدار مـضمونة عـلى الغـاصب﴾ لا إشكـال فـي ذلـك كـلّـه كـمـا فـي «الـمـسـالـك[2]» وبجميع ذلـك صـرّح فـي «الـشـرائـع[3]

---

(١) تقدّم في ص ١٦٥ في أواخر الركن الثاني لا الثالث، فراجع.

(٢) مسالك الأفهام: في مسائل من لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢١٧.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.

ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، ويضمنه

والنافع[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] والكفاية[٤]» وكذا «المبسوط[٥] والغنية[٦] والسرائر[٧]» وغيرها[٨]، بل هو ممّا طفحت به عباراتهم في مطاوي الباب، وقد حكينا معقد إجماع «التذكرة[٩]» على طوله عند قوله «أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة ... إلى آخره» وحكيناه وحكينا إجماع «الخلاف والسرائر» عند قوله «والمنافع المباحة مضمونة»[١٠] ولا فرق في ذلك بين أن تكون قد تجدّدت عند الغاصب أم لا، لأنّها نماء ملكه وفوائده فتكون مضمونة عند الغاصب كالأصل.

[في ضمان المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد]

قوله: ﴿ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، ويضمنه﴾ قد تقدّم في باب البيع[١١] نقل الإجماعات المتضافرة على عدم ملكه له وعلى أنّه يضمنه ونفي الريب والإشكال عن ذلك عن جماعة كثيرين في البابين، وقد طفحت عباراتهم في ذلك في أبواب الفقه حيث يأخذونه مسلّماً ولم يتأمّل فيه

---

(١) المختصر النافع: في لواحق الغصب ص ٢٤٨.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٠.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.
(٤) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٣.
(٥) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥ ـ ٩٦.
(٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.
(٧) السرائر: فيما لو غصب ما لا مثل له ج ٢ ص ٤٨٨.
(٨) كما في رياض المسائل: في لواحق الغصب ج ١٢ ص ٢٨٥.
(٩) تقدّم في ص ٦٤.
(١٠) تقدّم في ص ١٥٧.
(١١) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٣٧ فيما لو قبض المشتري المبيع بالعقد الفاسد.

وما يتجدّد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، وبدونه إشكالٌ.

أحد إلّا صاحب «الكفاية[1]» في باب الغصب والمولى الأردبيلي فإنّه قوّى في صورة الجهل عدم الضمان ثمّ قال: ومع علم الآخر أقوى[2].

قوله: ﴿وما يتجدّد من منافعه﴾ أي يضمن ما يتجدّد من منافعه. وقد نصّ على ذلك في «المبسوط[3] والشرائع[4] والنافع[5]» وغيرها[6] وأنّهم ليأخذونه في مطاوي الباب مسلّماً، والوجه في ذلك ظاهر.

قوله: ﴿الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، وبدونه إشكال﴾ كما هو قضية إطلاقهم في البابين. وبالجملة: لا أجد في ذلك خلافاً إلّا قوله في «الوسيلة[7]»: فإذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده ثمّ عرفا واستردّ البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الاُمّ عنده وولدت، لأنّه لو تلف كان من ماله والخراج بالضمان، انتهى. وهو في المنافع المستوفاة، وإلّا ما في «الإيضاح[8]» من أنّ المنافع بدون الاستيفاء مع الجهل والعلم لا تضمن والمصنّف استشكل. ومثله صاحب «التنقيح[9]»

---

(١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر في العوضين ج ٨ ص ١٩٢.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٤.
(٥) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.
(٦) كرياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.
(٧) الوسيلة: في بيان البيع الفاسد ص ٢٥٥.
(٨) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٤.
(٩) التنقيح الرائع: في البيع وآدابه ج ٢ ص ٣٢.

في باب البيع في المنافع الّتي لم تستوف، وظاهره الإجماع في المستوفاة.

وتحرير البحث أن يقال: إنّ المقبوض بالبيع الفاسد مضمون، لأنّ كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لعموم قوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي[١]. وما دلّ على انتفاء الضمان إذا كان الأخذ برضا المالك من نصٍّ وإجماع فمختصّ بما إذا كان الأخذ بالرضا من دون أن يستعقب ضماناً، أمّا إذا رضي به بشرط الضمان كما في العارية المشروطة أو مع تعقّبه كما هو محلّ البحث فلا دلالة فيهما على نفي الضمان فيه، لأنّه إنّما دخل على تملّك العين في مقابلة الثمن وأنّه مضمون عليه والبائع إنّما دفعه كذلك، فيبقى العموم الدالّ على إطلاق الضمان بحاله ويتّضح وجه القاعدة. فإذا كان العقد غير مملّك وجب ردّ كلّ من العوضين إلى مالكه، فلو تعذّر وجب بدله من المثل أو القيمة لامتناع فوات العين وما جعلت في مقابله.

ولا يقال: إنّ هذا يقضي بضمان ما قابل الثمن خاصّة دون الزائد، لأنّه بغير مقابل على تقدير الصحّة، والضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحّة، لأنّا نقول: لمّا كان المجموع في مقابلة المجموع وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كلّ منهما مضموناً بجميع أجزائه نظراً إلى مقتضى المقابلة، وليس البائع غارّاً محضاً عالماً كان أو جاهلاً فلم يكن كالغاصب حتّى يؤخذ بأشقّ الأحوال. ولا يرد عليه ما إذا باع مَن ترتّبت يده على المغصوب جاهلاً بالغصب، لأنّه غارّ. هذا جيّد فإنّه دقيق جدّاً.

ولا يفرّق بين كون المتجدّد عيناً كالولد أو منفعة كسكنى الدار، ولا بين كون البائع عالماً بفساد البيع أو جاهلاً، ولا بين أن يستوفي المشتري حينئذٍ المنفعة وعدمه على إشكال عند المصنّف في بعض صوره، وهي ما إذا علم البائع بفساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة كما فهمه في «جامع المقاصد[٢]» من العبارة.

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

وما زاد من قيمته لزيادة صفةٍ فيه،

ومنشأ الإشكال حينئذٍ من أنّ الأصل مضمون فكذا الفرع، ولعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ولأنّه إنّما قبضه لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع، ولأنّ إثبات يده بغير استحقاق، لأنّ الاستحقاق إنّما هو على تقدير صحّة البيع وهي منتفية، ومن أنّ علم المالك بفساد البيع وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري. وضعّف بأنّ السكوت أعمّ من الرضا وبلزوم مثله في أصل البيع لو علم بالفساد. ولعلّ هذا غير لازم، لأنّه هناك سلّطه عليه ورضي بكونه تحت يده في مقابلة الثمن، وهنا قد رضي بفوات المنفعة تحت يده من دون عوض، فتأمّل.

وقال في «الإيضاح»: إنّ الإشكال ينشأ من تبعية الأصل ولأنّ الأصل في قبض مال الغير الضمان إلّا لسبب عدمه أي كالوديعة ولم يثبت، ومن أنّ المنافع لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب. ثمّ قال: والحقّ الثاني، لأنّ مال الغير تجدّد في يده بغير فعلهما فكان كالثوب يطيره الريح [1]. وظاهره أنّ الإشكال في المنافع الّتي لم يستوفها المشتري سواء علم البائع أو لا، وقد حصر الضمان في الأمرين، وهو ممنوع، بل نقول: إنّ أحدهما موجود وهو الغصب، لأنّا لا نشترط العدوان في تعريفه. ووجه الشبه غير ظاهر، لأنّ المشتري وضع يده على الأصل والمنافع باختياره فلا يتمّ ما ذكره.

قوله: ﴿وما زاد من قيمته لزيادة صفةٍ فيه﴾ كما في «المبسوط [2] والشرائع [3] والنافع [4] وجامع المقاصد [5]» ومعناه أنّه يضمن ما زاد عن قيمته لمكان

---

(١) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٤.
(٢) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٥.
(٣) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٥.
(٤) المختصر النافع: في أحكام الغصب ص ٢٤٨.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٥.

فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف إن لم يكن مثليّاً.

ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن، ولو قيل: يرجع مع وجود عين الثمن كان حَسناً.

زيادة صفة فيه كالسِمن وتعلّم الصنعة. ووجه الضمان تبعيّته للأصل لكونه جزءاً أو في حكم الجزء. وفي «الرياض[1]» أنّه حسن حيث يكون المشتري سبباً في الإتلاف، إذ لا ضرر ولا ضرار. ويشكل فيما عداه لعدم وضوح مأخذه إلّا إلحاق مثل هذا القبض بالغصب. وهو حسن إن لم نعتبر في تعريفه قيد العدوان، وأمّا مع اعتباره كما هو الأظهر فالوجه عدم ضمانها، وقد عرفت الحال في أوّل الباب[2]، وإنّا لم نستبعد بمعونة خبر أبي ولّاد[3] كون الغصب حقيقة شرعية في العدوان وغيره حتّى في الغالط والساهي والناسي.

قوله: ﴿فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف إن لم يكن مثليّاً﴾ قد تقدّم الكلام في مثل ذلك، والصحيح أنّه يضمن قيمته يوم التلف، وما عداه لا يتمّ في بعض الصوَر كما بيّنّاه فيما سلف[4].

[حكم ما لو استعاد المالك المغصوب من المشتري]

قوله: ﴿ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن، ولو قيل: يرجع مع وجود عين الثمن كان

---

(١) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٦.

(٢) تقدّم في ص ٨ ـ ١٤ و ٢٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الغصب ح ١ ج ١٧ ص ٣١٣.

(٤) تقدّم في ص ١٧٠ ـ ١٧٧.

حَسناً﴾ أمّا عدم الرجوع ففي «تخليص التلخيص» الإجماع عليه، وقد نسب دعوى الإجماع إلى «التذكرة» جماعة[1]، والموجود فيها[2] وفي «نهاية الإحكام[3] والمختلف[4] والإيضاح[5]» نسبته إلى علمائنا الظاهرة في دعوى الإجماع كنسبته ـ أي عدم الرجوع ـ مع التصريح ببقاء العين إلى الأصحاب في موضعٍ آخر من «الإيضاح[6]» وفي موضعٍ[7] آخر منه إلى نصّهم وموضعين من «جامع المقاصد[8]». وفي «الروضة[9]» نسبته إلى ظاهر كلامهم. وفي «المسالك[10] والكفاية[11] والرياض[12]» نسبته إلى المشهور. وفي موضعٍ آخر من «الروضة[13]» نسبته إلى الأكثر. والتتبّع في كتب الشيخ[13] ومَن تأخّر عنه[14] يشهد بذلك، والمخالف القائل

---

(١) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل من لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٤، والسبزواري في كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٦٥٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: البيع في المتعاقدين ج ١٠ ص ١٧ ـ ١٨.

(٣) نهاية الإحكام: في البيع في الملك ج ٢ ص ٤٧٨.

(٤) مختلف الشيعة: في عقد البيع وشرائطه ج ٥ ص ٥٥.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦ و٧) إيضاح الفوائد: البيع في المتعاقدين ج ١ ص ٤١٧.

(٨) جامع المقاصد: البيع في المتعاقدين ج ٤ ص ٧١ ولم نعثر على الموضع الآخر.

(٩ و١٣) الروضة البهية: التجارة في عقد البيع ج ٣ ص ٢٣٥.

(١٠) الموجود في مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٢٤، نسبته إلى «الأشهر» بدلاً من «المشهور» فيما كانت العين باقيةً.

(١١) الموجود في كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٤ نسبته إلى «الأشهر» فيما كان الثمن باقياً لا المشهور.

(١٢) الموجود في رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٨، نسبته إلى «الأشهر» مع بقاء الثمن لا المشهور.

(١٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٦٨، والنهاية: في بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه ... ص ٤٠٢.

(١٤) كما في التذكرة: في أحكام تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٩، والمختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٨، والوسيلة: في بيان البيع الفاسد ص ٢٥٥.

وللمالك الرجوع على مَن شاء مع تلف العين، ويستقرّ الضمان على المشتري، ومع الجهل على الغاصب.

بالرجوع المصنّف في الكتاب في موضع منه[١] و«التذكرة[٢] ونهاية الإحكام[٣] والمختلف[٤]» وولده في «الإيضاح[٥] وشرح الإرشاد[٦]» والشهيدان[٧] والمحقّق الثاني[٨] فيما سلف والخراساني[٩]. وكأنّ المصنّف هنا متردّد كالمحقّق في «الشرائع[١٠]» والمقدّس الأردبيلي[١١]. وقد ذكرنا في باب البيع الفضولي[١٢] أدلّة القولين واستوفينا الكلام في ذلك أكمل استيفاء.

[للمالك أن يرجع على مَن شاء مع تلف المغصوب]

قوله: ﴿وللمالك الرجوع على مَن شاء مع تلف العين، ويستقرّ الضمان على المشتري، ومع الجهل على الغاصب﴾ أي للمالك أن يرجع مع تلف العين في يد المشتري على مَن شاء من الغاصب البائع والمشتري، ويستقرّ

---

(١) قواعد الأحكام: البيع في شرائط المتعاقدين ج ٢ ص ١٩.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٧ س ٩.
(٣) نهاية الإحكام: الغصب في الملك ج ٢ ص ٤٧٨.
(٤) مختلف الشيعة: في عقد البيع ج ٥ ص ٥٦.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٤.
(٦) شرح الإرشاد للنيلي: في البيع ص ٤٦ س ١ ـ ٢.
(٧) اللمعة الدمشقية: في عقد البيع وآدابه ص ١١٠، والروضة البهية: في عقد البيع ج ٣ ص ٢٣٥.
(٨) جامع المقاصد: في المتعاقدين ج ٤ ص ٧٦.
(٩) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٤.
(١٠) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٥.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٤٠.
(١٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٩٠ فما بعد.

ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه ممّا ليس في مقابله نفع كالنفقة والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك، وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار وثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظرٌ، ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور، ومن أولويّة المباشر.

الضمان على المشتري لحصول التلف في يده هذا إذا كان عالماً، وأمّا إذا كان جاهلاً فإنّما يستقرّ على الغاصب ما زاد على الثمن، أمّا مقدار الثمن فإنّه على المشتري، فإطلاق العبارة لعلّه غير جيّد. ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان دفعه له كما تقدّم بيان ذلك كلّه[1].

[في رجوع الجاهل على الغاصب بما يغرمه]

قوله: ﴿ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه ممّا ليس في مقابله نفع كالنفقة والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك﴾ كما تقدّم[2] بيان كل ذلك.

قوله: ﴿وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار وثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور ومن أولويّة المباشر﴾ قد تقدّم الكلام فيه[3] آنفاً مسبغاً مستوفىً وقلنا: إنّ الأصحّ الرجوع.

فرع: لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيءٍ واحد وتصرّفوا به جميعاً ففي «جامع المقاصد[4]» أنّ الظاهر أنّ على كلّ واحدٍ منهم ما يقتضيه التقسيط.

(١ و٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٣٧ ـ ٥٤٣.

(٣) تقدّم في ص ٣٤١ ـ ٣٤٤.

(٤) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجّاناً وإن قرب الحصاد،

[في أنّ للمالك قلع ما انبته الغاصب من الأرض]

قوله: ﴿ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع﴾ كما في «المبسوط[1] والنافع[2] والتحرير[3]» وغيرها[4]. وظاهر «التذكرة[5] والرياض[6]» الإجماع عليه. وقد تقدّم في العارية[7] أنّه لو غرس المستعير بعد الرجوع في الإذن والمنع أنّ للمعير القلع، لأنّه غاصب ظالم وليس لعرق ظالمٍ حقّ كما في النبويّ[8]، وقد تلقّوه بالقبول.

قوله: ﴿مجّاناً وإن قرب الحصاد﴾ كما هو قضية اُصولهم ودليلهم. وبه صرّح في «التذكرة[9]» وظاهر «الرياض» نفي الخلاف فيه[10].

وقد نسب الخلاف في «التذكرة» إلى أحمد في خصوص الزرع، وقال: إنّه لاخلاف في الغرس، قال: قال أحمد: إن جاء صاحب الأرض والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه، وخيّر المالك بين أن يبقيه إلى الحصاد بأُجرته وأرش النقص وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له، لأنّ رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَن زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله

---

(١) المبسوط: فروع في غصب الأرض والتصرّف فيها ج ٣ ص ٧٣.

(٢) المختصر النافع: في لواحق أحكام الغصب ص ٢٤٩.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٥ ـ ٥٤٦.

(٤ و٦ و١٠) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٥ و٩) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ٣٠ و٣٣.

(٧) تقدّم في ج ١٧ بحث الرجوع إلى عارية الأرض للغرس ص ٤١٢ وفي ص ٦٤.

(٨) راجع سنن أبي داود: ج ٣ ص ١٧٨ ح ٣٠٧٣، ومسند أحمد: ج ٥ ص ٣٢٧.

نفقته[١] ومثله خبر آخر رواه رافع أيضاً[٢] عنه صلى الله عليه وآله، ولأنّه يمكن ردّ المغصوب من دون إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلا يجوز إتلافه، كما لو غصب لوحاً فرقّع به سفينته فإنّه لا يجبر على ردّ المغصوب في اللجّة، بخلاف الشجر فإنّ مدّته تطول. وينزّل قوله صلى الله عليه وآله: «ليس لعرق ظالمٍ حقّ» على الشجر والغرس[٣]. ونحوه ما يأتي[٤] عن أبي عليّ.

والخبران ضعيفان من ذلك الفجّ أفتى بخلافهما الشافعي[٥] وما عمل بهما أحد غير أحمد، ولكن قد ورد في أخبارنا مثل ذلك، ففي الموثّق برواية الكليني في رجل اكترى داراً فيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: عليه الكرى ويقوّم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس، والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء[٦]. فهو ظاهر في مذهب أحمد. وفي رواية «الفقيه[٧] والتهذيب[٨]» ويقوّم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل إن كان استأمره وإن لم يكن استأمره، فعليه الكرى ... إلى آخره، فقد ترك فيهما الواو في قوله «وإن كان استأمره» فعلى هذا يكون فيه دلالة على ما حكيناه في العارية[٩] عن «المبسوط» من إجبار المستعير على أخذ قيمة ما زرعه لو بذلها المعير حيث

(١) سنن الترمذي: ج ٣ ص ٦٤٨ ح ١٣٦٦، وسنن أبي داود: في البيوع ج ٣ ص ٢٦١ ح ٣٤٠٣.
(٢) سنن الترمذي: ج ٣ ص ٦٤٨ ذيل ح ١٣٦٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ٣٢ فما بعد.
(٤) سيأتي في ص ٣٦٦.
(٥) الوجيز: في الزيادة في الغصب ص ١٧٢.
(٦) الكافي: فيمن زرع في غير أرضه أو غرس ح ٢ ج ٥ ص ٢٩٧.
(٧) من لا يحضره الفقيه: في المزارعة والإجارة ح ٣٨٩٩ ج ٣ ص ٢٤٦.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ١٩ من المزارعة ح ٥٣ ج ٧ ص ٢٠٦.
(٩) تقدّم في ص ٦٤.

يرجع بعد زرعها كما بيّنّاه هناك، وقد اختار مثل ذلك في مزارعة «الخلاف[١] والمبسوط[٢]» وقد أسبغنا الكلام فيه في باب الإجارة[٣]. وأمّا على رواية «الكافي» فلا دلالة فيه على ذلك. وكيف كان، فلا تعادل روايتي الصدوق والشيخ وإن كان ثقة الإسلام أضبط[٤]. ويأتي تمام الكلام في الخبر وليعلم أنّه ليس في «الفقيه» قيمة

---

(١) الخلاف: في المزارعة ج ٣ ص ٥١٩ مسألة ٨.

(٢) المبسوط: في المزارعة ج ٣ ص ٢٦٥.

(٣) تقدّم في ج ٧ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

(٤) في كلامه‍ نظر، أمّا أوّلاً: فلمّا بنى عليه الأعلام من تقديم رواية الكافي وضبطه على رواية غيره لا سيّما رواية الشيخ لما ثبت من استعجاله في الرواية وحكايتها، ولا سيّما روايات تهذيبه، وذلك لما ذكر غير واحدٍ من الأصحاب من اختلاف التعبير وتشتّت اللفظ والمعنى في كثير من رواياته، مع أنّ الأمر في روايات الكافي ليس كذلك، بل كان‍ دقّق النظر وتأمّل في ضبطها كمال الدقّة والنظر بحيث لم يظفر ناظر على رواية واحدة تشتّت فيه اللفظ أو اختلف فيه التعبير بحيث تغيّر ذلك المعنى أو أبهمه، بل الأمر بالنسبة إلى الفقيه أيضاً كذلك، فإنّ الصدوق كثيراً ما أضاف إلى رواية ما ليس منها، بل كان في الحقيقة من تفسيره وتبيينه من عنده والحال أنّه لم يفعله الكليني‍ ولم يقل أحد عليه بذلك.

وثانياً: أنت إذا تأمّلت في عبارة حديث الكليني والفقيه والتهذيب رأيت أنّ لفظ خبر الكيني أمتن وأصحّ معنىً من لفظ خبريهما، فإنّ ما في الأوّل يُبيّن أنّ رجلاً اكترى داراً من أحد وفي جنبه البستان ولم يستجز صاحب البستان الّذي هو صاحب الدار في الاستفاده عن البستان، بل استفاد منه بلا إجازةٍ منه فحكم‍ في هذا الفرض بأداء كري الدار وتقويم قيمة ما استفاد من البستان وكراه وإعطائه إليه، ثم أفاد أنّه إن استأمره واستجازه فعليه مجرّد كري الدار، وأمّا الزرع والغرس فهما للزارع والغارس يقلعهما ويذهب بهما، وذلك لأنّ صاحب الدار عند فرض استئماره المكاري لم يطلب منه إلّا تخلية أرضه وتطهيرها من العوارض وهو الّذي يفعله الزارع والغارس حسب الفرض حيث شاء، وهذا هو الّذي تقتضيه سائر القواعد والاُصول الفقهية أيضاً. وأمّا ما في الفقيه فيدلّ على أنّ صاحب الدار وهو صاحب البستان هوالّذي يقوم الغرس والزرع إذا استأمرهفيهماويعطيهالغارس،وهذا لا يوافق القاعدة حيث إنّه إنّما استفاد بتجويزه وإذنه، وفي هذا الفرض لم يكن يطلب منه شيئاً حتّى التخلية والتطهير فضلاً عن الكري، مع أنّه لو كان له الزرع والغرس إذا لم يستأمره ففي ←

ولا يملكه المالك، بل هو للغاصب، وكذا النماء،

عدل، وهو من جملة الخلل الواقع في «الوافي[1]».

قوله: ﴿ولا يملكه المالك بل هو للغاصب، وكذا النماء﴾ قد صرّح بأنّه لا يملكه المالك وأنّه للغاصب في «الغنية[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والنافع[5] والتذكرة[6] والإرشاد[7] والتبصرة[8] والمختلف[9]» وغيرها[10]. وهو قضية كلام «المبسوط[11]» وظاهر «الرياض[12]» الإجماع عليه. وفي «التذكرة» ليس له أخذه

← فرض الاستثمار هو أولى بهما فما باله لا يكون له حقّ الاستفادة من الزرع والغرس عند الاستثمار وله حقّ الاستفادة عند عدم الاستثمار، فلو كان له حقّ الاستفادة في الفرض الثاني فهو أولى بهذا الحقّ في الفرض الأوّل، فتأمّل جيّداً.

وممّا ذكرنا تعرف الضعف فيما أفاده في المبسوط اتكالاً على هذا الخبر بزعم الشارح، ثمّ إنّ المعروف في مثل خبر يكون في سنده إبراهيم بن هاشم (أبو علي بن إبراهيم) إنه من الحسن لا الموثّق، فإن كان المراد بأنه من الموثّق لأجل توثيقه من طريق الكليني أو الفقيه صاحب الكتاب فلابدّ من الحكم به في حقّه في تمام الأخبار الّتي يكون إبراهيم في سنده، فالتعبير به في المقام بالخصوص ممّا لا نعرف له وجهاً، فافهم.

(١) الوافي: ب ١٧٥ فيمن زرع في غير أرضه أو غرس ح ٣ ج ١٨ ص ١٠٧٥ ـ ١٠٧٦.

(٢) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٣) السرائر: فيما لو غصب أرضاً فأنفق فيها من ماله ج ٢ ص ٤٨٥.

(٤) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.

(٥) المختصر النافع: في لواحق الغصب ص ٢٤٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ٣١.

(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(٨) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩.

(٩) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣١.

(١٠) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٧.

(١١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٩.

(١٢) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٩١.

عندنا[١]. وفي «التنقيح» أنّه المشهور، وعليه انعقد الإجماع اليوم ولا نعلم فيه خلافاً إلّا ما يحكى عن أبي عليّ[٢]. وفي «المختلف[٣]» أنّه المشهور بين علمائنا، والمخالف ابن الجنيد[٤]، لأنّه عين ماله وإنّما تغيّرت صفته بالزيادة والنماء، أو تقول: إنّه نماء ملك الزارع وليست الأرض إلّا كالماء والهواء والشمس معدّات لصيرورة البذر زرعاً ثمّ جاء بالتدريج، والفاعل هو الله سبحانه. وفي خبر عقبة بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الرجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتّى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعليّ ما أنفقت أله ذلك؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كرى أرضه[٥]. وقد روي مثله من دون تفاوت أصلاً في «الفقيه[٦]» أيضاً عن سماعة. وقد سمعت[٧] الموثّق برواية «الفقيه والتهذيب» وهذه الأخبار منجبرة بالشهرة معتضدة بالأصل والإجماع.

وقال أبو عليّ فيما حكي[٨] عنه: إنّ لصاحب الأرض أن يردّ ما خسره الزارع ويملك الزرع. وهو قريب من قول أحمد لخبر رافع بن خديج وقد سمعته[٩] وموثّقة محمّد برواية «الكافي» وقد سمعتها[١٠]، لكنّ المصنّف في «المختلف[١١]» والفاضل المقداد[١٢] والمحقّق الثاني[١٣] والشهيد الثاني[١٤] لم يستدلّوا له إلّا بخبر رافع مع أنّ

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام زيادة المغصوب ج ٢ ص ٣٩٢ س ٣٦.

(٢ و١٢) التنقيح الرائع: في لواحق الغصب ج ٤ ص ٧٧.

(٣ و٤ و١١) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣١ ـ ١٣٢.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢ في أبواب الغصب ح ١ ج ١٧ ص ٣١٠.

(٦) من لايحضره الفقيه: في بيع الكلاء والزرع والأشجار ذيل ح ٣٨٧٢ ج ٣ ص ٢٣٨.

(٧) تقدّم في ص ٣٦٤ أنّه موثّق بزعمه برواية الكليني لا الفقيه والتهذيب، فلا تغفل.

(٨) حكاه عنه السيوري في التنقيح الرائع: في الغصب ج ٤ ص ٧٧.

(٩ و١٠) تقدّما في ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(١٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٧.

(١٤) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٣٩.

وعليه أُجرة الأرض وطمّ الحفر والأرش.

الموثّقة ظاهرة في مذهبه، ولعلّهم أعرضوا عنها لمكان الاختلاف الواقع فيها، لكنّها أثبت من خبر رافع وأوفق بانطباق الجواب على السؤال، مع أنّ الكافي أكثر ضبطاً من غيره. وقد قوّى جماعة في مسألة الصبغ قول أبي عليّ كالمصنّف في «المختلف[١]» والفاضل المقداد[٢] والاُستاذ[٣] وابن اُخته[٤] ونحن أيّدناه، لكنّه هنا في «المختلف» خالف أبا عليّ واستدلّ على خلافه بأنّه عين ماله، فلا ينتقل عنه إلّا برضاه وردّ الخبر بأنّه لا يعرف حال رجاله[٥]. ولعلّ فرقه بين المقامين أنّ الصبغ إمّا أن لا يمكن التخلّص منه إلّا بذلك حيث لا يمكن فصل الصبغ أو لا يحصل منه شيء، وإمّا أن يعسر التخلّص بدون ذلك كما مرّ[٦]. والزرع والشجر ليس كذلك، فتأمّل، فكان ذلك كلّه لا يعارض أدلّة الأصحاب.

قوله: ﴿وعليه أُجرة الأرض وطمّ الحفر والأرش﴾ أي إن نقصت وقد صرّح بالأوّل والأخير في «المبسوط[٧] والوسيلة[٨] والغنية[٩] والسرائر[١٠] والشرائع[١١] والنافع[١٢] والتحرير[١٣]

(١ و ٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١١٨ و١٣٢.

(٢) التنقيح الرائع: في لواحق الغصب ج ٤ ص ٧٣ ـ ٧٤.

(٣) الحاشية على مجمع الفائدةوالبرهان للوحيد البهبهاني:في أحكام الغصب ص ٦٣١ ـ ٦٣٢.

(٤) رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٦) تقدّم في ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٧) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٩.

(٨) الوسيلة: في بيان الغصب ص ٢٧٦.

(٩) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(١٠) السرائر: فيما لو غصب أرضاً فأنفق فيها من ماله ج ٢ ص ٤٨٥.

(١١) شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.

(١٢) المختصر النافع: في لواحق الغصب ص ٢٤٩.

(١٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٥.

ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول

والإرشاد[1] والتبصرة[2] والدروس[3]» وغيرها[4]. والوجه فيهما ظاهر. وأمّا طمّ الحفر فقد صرّح به جماعة[5] إلّا إذا رضي صاحب الأرض ومنعه من طمّها فإنّه يكون كما لو أمره بحفرها. وقال جماعة[6]: له ذلك وإن كره المالك لما في تركه من الضرر عليه بضمان ما يقع فيه. وقد أسبغنا الكلام في مثل ذلك في الباب[7] وباب الديات[8] وغيره، ويأتي[9] تمام الكلام في مثله قريباً.

[حكم ما لو بذل أحد الصاحبين القيمة]

قوله: ﴿ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول﴾ بعوضٍ ولا غيره كالهبة. قال في «جامع المقاصد»: وفي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته: وينسحب الخلاف في المسألة المتقدّمة، وهي قوله «ولو طلب ... إلى آخره» فإنّه قال في المختلف: يجاب المالك لا الغاصب. ثمّ قال في

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٢) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩.
(٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ المغصوب ج ٣ ص ١١٨.
(٤) كرياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٩١.
(٥) منهم المحقّق في المختصر النافع: في الغصب ص ٢٤٩، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٥، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٠.
(٦) منهم ابن زهرة في غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١، والحلّي في السرائر: فيما لو غصب أرضاً فأنفق فيها ماله ج ٢ ص ٤٨٥، والمحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٧.
(٧) تقدّم في ص ٢٧١ ـ ٢٧٤.
(٨) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.
(٩) سيأتي في ص ٣٧٠.

ولو حفر بئراً فعليه طمّها إلّا أن يمنعه المالك.

وقيل: لو خيف سقوط حائط أُسند بجذع الغير.

جامع المقاصد: ظاهر كلام المختلف في مسألة الصبغ ثبوت ذلك في الغرس حيث تعجّب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير ومنع هنا، ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسألة الزرع العدم. ويمكن حمل كلام المختلف الثاني على ما إذا لم يطلب المالك الزرع بقيمته إلّا أنّ قوله «لنا أنّه عين مال الغاصب ولا ينتقل عنه إلّا برضاه» ينافي ذلك. والحاصل: أنّه إن ثبت قوله هاهنا بتملّك المالك الزرع بالقيمة إذا أراد فهو قول لا يخلو عن قوّة، انتهى [1].

قلت: قد ثبت أنّه قال هنا بالعدم كما فهمه الشهيد وغيره، وقد عرفت الوجه في الفرق آنفاً [2].

هذا وقد تقدّم في مسألة الصبغ [3] أنّه إذا كان الطالب الغاصب فلا خلاف في عدم إجابته، فهنا كذلك، إذ الطريق واحد. وقد تقدّم في العارية [4] ما له نفعٌ تامّ في المقام.

قوله: ﴿ولو حفر بئراً فعليه طمّها إلّا أن يمنعه المالك﴾ قد تقدّم الكلام فيه في أواخر الفصل الأوّل [5] مستوفى مسبغاً.

قوله: ﴿وقيل: لو خيف سقوط حائط أُسند بجذع الغير﴾ هذا تقدّم الكلام [6] فيه أيضاً.

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٣) تقدّم في ص ٢٦٧ ـ ٢٧١.

(٤) تقدّم في ص ٦٥.

(٥) تقدّم في ص ٢٤٧ ـ ٢٤٩.

(٦) تقدّم في ص ٢٨١ ـ ٢٨٣.

ولو نقل المغصوب فعليه الردّ وإن استوعبت أُجرته أضعاف قيمته. ولو طلب المالك أُجرة الردّ لم يجب عليه القبول. ولو رضي المالك به في موضعه لم يجز النقل.

قوله: ﴿ولو نقل المغصوب فعليه الردّ﴾ هذا تقدّم الكلام [1] فيه وأعاده ليرتّب عليه ما بعده. وقال في «التذكرة [2]»: لو نقل حرّاً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأوّل فلا شيء عليه، وإن كان فاحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل لتعدّيه على إشكال. وجزم به في «المسالك [3]» من دون إشكال.

قوله: ﴿وإن استوعبت أُجرته أضعاف قيمته﴾ كما صرّح به في «التحرير [4] وجامع المقاصد [5]» وهو قضية كلام مَن قال [6]: إنّه يجب عليه الردّ، لأنّه عادٍ بنقله فيجب عليه الردّ بكلّ حال.

قوله: ﴿ولو طلب المالك أُجرة الردّ لم يجب عليه القبول﴾ كما في «الشرائع [7] والتحرير [8] وجامع المقاصد [9] والمسالك [10]» لأنّ حقّه الردّ دون الأُجرة. وكذا لو طلب حمله إلى مكانٍ آخر في غير طريق الردّ وإن كان أقرب كما في «التحرير [11]».

[فيما لو رضي المالك بكون الغصب في موضعه]

قوله: ﴿ولو رضي المالك به في موضعه لم يجز النقل﴾ كما صرّح

---

(١) تقدّم في ص ٧٤ و ٢١١ ـ ٢١٣. (٢) تذكرة الفقهاء: الغصب في المنافع ج ٢ ص ٣٨٢ س ١٦.

(٣ و ١٠) مسالك الأفهام: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٤٨.

(٤ و ٨ و ١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٢٧.

(٥ و ٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٨ و ٣٢٩.

(٦) كالطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٦٨.

(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الغصب ج ٣ ص ٢٤٨.

ولو بنى الأرض بترابٍ منها وآلات المغصوب منه لزمه أُجرة الأرض مبنية. ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أُجرة الأرض خراباً.

به في الكتب الأربعة المتقدّمة[١]، لأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلو نقله حينئذٍ فللمالك إلزامه بإعادته لتعدّيه في النقل كأصله. وكذلك الحال لو أمره بالردّ إلى بعض المسافة الّتي نقله فيها فتجاوز.

[فيما لو بنى الغصب بما فيه]

قوله: ﴿ولو بنى الأرض بترابٍ منها وآلات المغصوب منه لزمه أُجرة الأرض مبنية﴾ كما في «التحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» ووجهه ظاهر، لأنّ الصفة الحادثة بالبناء للمالك إذ هي زيادة في ماله وإن كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة النقرة.

[فيما لو بنى الغاصب الأرض بماله]

قوله: ﴿ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أُجرة الأرض خراباً﴾ كما في «التحرير[٤]» لأنّ البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً. وقال في «جامع المقاصد»: على ما تقرّر من أنّ زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن يكون للمالك حصّته من أُجرة المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء، لأنّ الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أُجرتها بذلك. وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة أنّ الزيادة تقسّط عليهما. وهو مبنيّ

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٤٨، تحرير الأحكام: ج ٤ ص ٥٢٧، جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٩، مسالك الأفهام: ج ٣ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.
(٢ و٤) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٦.
(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٢٩.

ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش وأجرة دارٍ إلى حين نقضها، وأُجرة مهدومة من حين نقضها إلى حين ردّها، وكذا لو بناها بآلته. أمّا لو بناها بآلتها فعليه أُجرة (أجرتها ـ خ ل) عرصة من حين النقض إلى حين البناء وأُجرتها داراً قبل ذلك وبعده.

على ما ذكرناه هنا، انتهى[1]. وهوكذلك كما إذا وضع سرجاً على الدابّة فزادت أُجرتها.

[فيما لو غصب داراً فنقضها أو بناها]

قوله: ﴿ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش وأُجرة دارٍ إلى حين نقضها وأُجرة مهدومة من حين نقضها إلى حين ردّها﴾ كما في «التحرير[2]» لأنّ النقض أخرجها عن كونها مبنيّة وقد عدم ما نقص منها وضمنه بالأرش، فلم يبق له منفعة ليضمن أُجرتها. وتردّد في «التذكرة[3]» في لزوم أُجرة مثلها إلى حين الردّ أو إلى حين النقض. وقال في «جامع المقاصد»: يشكل بأنّ العين إذا تلفت يضمن بدلها لا أُجرة منفعتها كالعبد إذا مات. ويمكن الفرق بأنّ العبد إذا مات لا أمد ينقطع عنده ضمان أُجرته بخلاف هدم الدار، لأنّ الأمد ردّها على مالكها مهدومة[4].

قوله: ﴿وكذا لو بناها بآلته﴾ أي بعد الهدم فإنّه يضمن أُجرتها بعد النقض مهدومة، ويجيء فيه ما تقدّم عن «جامع المقاصد» من أنّ للمالك حصّة من أُجرة المجموع.

قوله: ﴿أمّا لو بناها بآلتها فعليه أُجرة عرصة من حين النقض إلى حين البناء وأُجرتها داراً قبل ذلك وبعده﴾ أي قبل النقض وبعد البناء، لأنّ البناء بآلة الدار مملوك للمالك.

(١ و ٤) جامع المقاصد: في تصرّفات الغاصب ج ٦ ص ٣٢٩ و ٣٣٠.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٤٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٤ ـ ٥.

ولايجوز لغير الغاصب رعي الكلأ النابت في الأرض المغصوبة ولاالدفن فيها.

ولو وهب الغاصب فأتلفها المتّهب رجع المالك على أيّهما شاء، فإن رجع على المتّهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأُجرة وعدمه.

[في عدم جواز التصرّف في الأرض المغصوبة]

قوله: ﴿ولايجوز لغير الغاصب رعي الكلأ النابت في الأرض المغصوبة ولا الدفن فيها﴾ ولا غيرهما من التصرّفات كالوضوء والصلاة وإن فرض استفادة جوازه من شاهد حال الأرض، لأنّ شاهد الحال هنا ضعيف لايعوّل عليه، لأنّ الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا، هذا في غير الغاصب، وأمّا فيه فبالأولى. وقد حكينا في باب مكان المصلّي[1] عن عَلم الهدى والكراجكي وجهاً بصحّة الصلاة في الصحارى المغصوبة استصحاباً لما كانت الحال تشهد به من الإذن، وحكينا هناك أيضاً عن المبسوط أنّه قال فيه: إنّه إذا صلّى في مكان مغصوب مع الاختيار لم تجز الصلاة فيه، ولافرق بين أن يكون هو الغاصب أو غيره ممّن أذن له في الصلاة. واختلفوا في المراد من الإذن في العبارة، فالشهيد على أنّ المراد بالإذن الإذن المستند إلى شاهد الحال، لأنّ طريان الغصب يمنع من استصحابه كما صرّح به ابن إدريس، ويكون أراد التنبيه على مخالفة المرتضى، وجماعة كثيرون منهم المصنّف أنّ المراد إذن الغاصب، وآخرون منهم المحقّق على أن المراد إذن المالك.

قوله: ﴿ولو وهب الغاصب فأتلفها المتّهب رجع المالك على

---

(١) تقدّم في ج ٦ ص ١٣٣ ـ ١٣٦.

ولو اتّجر بالمال المغصوب، فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع، وإن اشترى في الذّمة فللغاصب.

أيهما شاء، فإن رجع على المتّهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأُجرة﴾ قد تقدّم الكلام[1] في المسألة مستوفى، والأصحّ الرجوع، ولا ترجيح هنا في «الإيضاح[2]».

[فيما لو اتّجر الغاصب بالمال المغصوب]

قوله: ﴿ولو اتّجر بالمال المغصوب، فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع، وإن اشترى في الذمّة فللغاصب﴾ قد أطلقوا الكلمة في باب الزكاة[3] فيما إذا اتّجر بمال الطفل وكان غير مليّ أو غير وليّ بأنّه يضمن والربح لليتيم مع أنّ الشراء بعين المال قليل نادر جدّاً والغالب الشراء في الذمّة وإن كانت الدراهم في يد المشتري، وذلك يخالف ما هنا، وقد يكونون يقولون: إنّه إن كان من نيّته وعزمه وجزمه دفع مال اليتيم ثمناً جرى مجرى ما إذا اشترى بعينه، لكن قد قيّد كلامهم في «البيان[4] والدروس[5] والتنقيح[6] وجامع المقاصد[7] وفوائد الشرائع[8] وتعليق النافع وإيضاحه والميسية

---

(١) تقدّم في ص ١٠٣ ـ ١٠٤.
(٢) إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٩٥.
(٣) منهم المحقّق في المختصر النافع: في الزكاة ص ٥٣، والعلّامة في نهاية الإحكام: في الزكاة في البلوغ ج ٢ص ٢٩٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في زكاة الأموال ج ٥ ص ٣٧ ـ ٣٨.
(٤) البيان: في الزكاة فيمن تجب عليه ص ١٦٥.
(٥) الدروس الشرعية: في ما يجب فيه الزكاة ج ١ ص ٢٢٩.
(٦) التنقيح الرائع: في زكاة المال ج ١ ص ٢٩٦.
(٧) جامع المقاصد: في الزكاة في الشرائط ج ٣ ص ٥.
(٨) حاشية شرائع الإسلام (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ١٠) في الزكاة ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

فإن ضارب به فالربح للمالك، وعلى الغاصب أُجرة العامل الجاهل.

ولو أقرّ بائع العبد بغصبيّته من آخر وكذّبه المشتري أُغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك.

والمسالك[1] ومجمع البرهان[2] والمدارك[3]» أنّ الربح إنّما يكون لليتيم إذا اشترى بعين ماله، بل زاد جماعة[4] التقييد أيضاً بما إذا كان المشتري وليّاً أو بإجازة الوليّ. وقال آخرون[5]: إنّه لابدّ من إجازة الطفل بعد البلوغ وإن كان الشراء من الوليّ أو بإجازته، لأنّ الشراء لم يقع بقصد الطفل ابتداءً. قلت: هذا غير جيّد كما بيّنّاه في باب الفضولي[6] فيما إذا باع الغاصب وترتّبت عليه تصرّفات كثيرة، وقد استوفينا الكلام فيه هناك بما لا مزيد عليه.

قوله: ﴿فإن ضارب به فالربح للمالك. وعلى الغاصب أُجرة العامل الجاهل﴾ لفساد المضاربة وكونه مغروراً والثابت له أُجرة المثل، ولا أُجرة له إن كان عالماً، وإن كان من عامله عالماً كان البيع باطلاً.

قوله: ﴿ولو أقرّ بائع العبد بغصبيّته من آخر وكذّبه المشتري أُغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك﴾ إذا كذّبه المشتري لا ينفذ إقراره في حقّه بل ينفذ في حقّ نفسه فتلزمه الغرامة للمالك الّذي أقرّ له، وعلى ذلك اقتصر في

---

(١) مسالك الأفهام: فيمن تجب عليه الزكاة ج ١ ص ٣٥٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط وجوب الزكاة ج ٤ ص ١٥.

(٣) مدارك الأحكام: فيمن تجب عليه الزكاة ج ٥ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٤) كما في جامع المقاصد: في شرائط الزكاة ج ٣ ص ٥، والدروس الشرعية: فيما يجب فيه الزكاة ج ١ ص ٢٢٩، ومدارك الأحكام: فيمن تجب عليه الزكاة ج ٥ ص ٢٠.

(٥) كما في الحدائق: في الاتّجار بمال الطفل ج ١٨ ص ٣٣٢، مدارك الأحكام: فيمن تجب عليه الزكاة ج ٥ ص ٢٠.

(٦) تقدّم في ج ١٢ ص ٦١٠ في أنّ بيع الغاصب من بيع الفضولي.

ثمّ إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته،

«التحرير[١]» وقد ذهب المصنّف هنا إلى أنّها أكثر الأمرين من الثمن والقيمة. وفي «جامع المقاصد» أنّه مشكل، لأنّه لا يخلو إمّا أن يجيز البيع أو يردّه، فإن أجازه أغرمه الثمن فقط، وإن ردّه أغرمه القيمة. وربّما نزّل على أن يكون قد أقرّ باستعارته للرهن بعد إقراره بالغصبية، فإنّ المستعير للرهن يلزمه أكثر الأمرين، إلّا أنّه خروج عن المسألة[٢]. وقد ينزّل على ما إذا فعل أحد الأمرين ومات ولم يعلم أيّهما، فتأمّل. وقال في «جامع المقاصد»: إنّ الأصحّ أنّ له الثمن إن أجاز وإلّا فالقيمة[٣].

قلت: فإن كانت قيمته عشرة مثلاً فباعه بعشرين لزم أن تكون العشرة الزائدة مالاً مجهول المالك إذا لم يجز، ولعلّ المصنّف لا يقول بذلك بل يقول بردّها على المالك لأن كانت ثمناً لماله فكانت كالنماء أو كقيمته مضافاً إلى جبر مظلمته. وقد اقتصر في مثله في «المبسوط[٤]» وهو ما إذا ادّعى مدّع أنّ العبد الّذي بعته غصبته منّي فصدّقه البائع فقط على أنّه يغرم له قيمته. ولعلّه نظر إلى أنّ الزيادة في الثمن تجري مجرى القيمة كما قلناه، فتأمّل، لكن في «جامع المقاصد» أنّه يردّها على المشتري بوجه لا يعلم معه بالحال[٥]. وهو أشبه وهذا حال المقرّ بالنسبة إلى المالك.

قوله: ﴿ثمّ إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته﴾ كما في «التحرير[٦] وجامع المقاصد[٧]» وبمثله صرّح في «المبسوط[٨]» لأنّه لم يصدّقه على إقراره فيكون البيع صحيحاً عنده والتسليم والتسلّم وقع في محلّه، ثمّ البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيفعل ما يعلم أنّه الحقّ، فلو كان إقراره بالغصب

(١ و٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٢.

(٢ و٣ و٥ و٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٢ و٣٢٣.

(٤ و٨) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦.

وإن لم يكن قبضه، فليس له طلبه بل أقلّ الأمرين من القيمة والثمن، فإن عاد العبد إليه بفسخٍ أو غيره وجب ردّه على مالكه واسترجع ما دفعه،

مطابقاً للواقع ولم يجز المالك البيع وقبض الثمن ردّ الزيادة على القيمة على المشتري كما في «جامع المقاصد[1]» وعلى المالك على الاحتمال المتقدّم وقد تضمّن هذا وما بعده بيان حال المقرّ بالنسبة إلى المشتري.

قوله: ﴿وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه، بل أقلّ الأمرين من القيمة والثمن﴾ أي إن لم يجز المقرّ له البيع كما صرّح به في «التحرير[2]» في مثله كما هو واضح بقرينة ما بعده، فالمناقشة في العبارة من جهة ترك القيد لم تصادف محزّها، لأنّ القيمة إن كانت أقلّ فليس له إلّا القيمة، لأنّه بزعمه لا يستحقّ سواها، لأنّ البيع بمقتضى إقراره غير صحيح، وإن كان الثمن أقلّ فليس له سواه سواء أجاز المقرّ له أم لا، لأنّه لا يقبل إقراره على المشتري بأنّ المالك غيره فلا يستحقّ ظاهراً سوى الثمن ويتّضح ذلك فيما إذا باع الوليّ مال المولى عليه غلطاً أو سهواً، وأمّا إذا أجاز المقرّ له البيع فالمستحقّ الثمن كائناً ما كان.

قوله: ﴿فإن عاد العبد إليه بفسخٍ أو غيره وجب ردّه على مالكه واسترجع ما دفعه﴾ كما في «جامع المقاصد[3]» وبمثله صرّح به في «المبسوط[4] والتذكرة[5] والتحرير[6]» لمكان إقراره السابق فيؤاخذ به، وما دفعه كان للحيلولة فتأتي أحكامها فيه.

(١ و٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٢ و٣٣٣.

(٢ و٦) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٢.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٣٩.

ولو كان إقراره في مدّة خياره انفسخ البيع، لأنّه يملك فسخه فيُقبل إقراره بما يفسخه.

ولو أقرّ المشتري خاصّة لزمه ردّ العبد إلى المقرّ له، ويدفع الثمن إلى بائعه. ولو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه، وكذا لو باعه على ثالث.

قوله: ﴿ولو كان إقراره في مدّة خياره انفسخ البيع، لأنّه يملك فسخه فيُقبل إقراره بما يفسخه﴾ كما في «جامع المقاصد[1]» وبمثله صرّح به في «المبسوط[2] والتحرير[3] والتذكرة[4]» وحكمهم بانفساخ البيع لأنّ الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه، وهو ممكن على هذا التقدير، فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع.

قوله: ﴿ولو أقرّ المشتري خاصّة لزمه ردّ العبد إلى المقرّ له ويدفع الثمن إلى بائعه﴾ كما في «جامع المقاصد[5]» وقد صرّح به في مثله في «المبسوط[6] والتذكرة[7] والتحرير[8]» لأنّ إقراره إنّما ينفذ في حقّه لا في حقّ البائع إذا لم يصدّقه.

قوله: ﴿ولو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه﴾ كما في الكتب الأربعة[9] على نحو ما تقدّم. ومعناه أنّ البائع والمشتري لو تصادقا على كون العبد مغصوباً بعد إعتاق المشتري له لم ينفذ إقرارهما عليه، لأنّ العتق حقّه بل يثبت الغرم على كلٍّ منهما ويستقرّ على المشتري إن كان عالماً.

قوله: ﴿وكذا لو باعه على ثالث﴾ أي لو تصادق البائع والمشتري على

(١ و ٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٤. (٢ و ٦) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٦ ـ ٩٧.

(٣ و ٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٢.

(٤ و ٧) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٣٥ ـ ٤٠.

(٩) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٤، المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٧، تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٤٠، تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٢.

ولو صدّقهما العبد فالأقرب القبول، ويحتمل عدمه، لأنّ العتق حقّ الله تعالى، كما لو اتّفق العبد والسيّد على الرقّ وشهد فيه عدلان بالعتق.

كون العبد مغصوباً بعد أن كان باعه المشتري على رجلٍ آخر لا ينفذ إقرارهما عليه، لأنّه إقرار في حقّ الغير.

قوله: ﴿ولو صدّقهما العبد فالأقرب القبول﴾ وفي «التحرير[1]» أنّه أقوى. وفي «المختلف» أنّه الوجه، لأنّه عاقل مجهول النسب أقرّ بالرقّية لمن يدّعيه وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز وأنّ الحقّ له، لأنّ الحرّية وإن كانت مشتملة على حقّ الله عزّ وجلّ فهي مشتملة على حقّ العبد، وحقوق الله عزّ وجلّ مبنية على التخفيف[2]، فإذا صدّقهما على فساد العتق قبل، وإلّا لم يقبل الإقرار بالرقّية ممّن ظاهره الحرّية، وأنّه لو لم يقبل لم يتصوّر قبول قول المالك في وقوع العتق على وجهٍ فاسد وإن صدّقه العبد إلّا بالبيّنة بخلاف سائر العقود، مضافاً إلى ما سيأتي ممّا في «جامع المقاصد» ولذلك قال: إنّه لا يخلو من قوّة[3].

قوله: ﴿ويحتمل عدمه، لأنّ العتق حقّ الله تعالى، كما لو اتّفق العبد والسيّد على الرقّ وشهد فيه عدلان بالعتق﴾ وهو خيرة «المبسوط[4] والتذكرة[5] والإيضاح[6]» ومعنى كونه حقّ الله سبحانه أنّه صار من أهل الجهاد والحجّ والزكاة وغير ذلك وأنّ شهادة الحسبة تسمع عليهما كما إذا اتّفقا ـ أي السيّد والعبد ـ على الرقّية أو أقرّ العبد لآخر بالرقّية وشهد عدلان بالعتق وتعارضا ـ أي

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٢.

(٢) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

(٣) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٥.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٩٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٤٠.

(٦) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٦.

خاتمة: في النزاع

لو اختلفا في تلف المغصوب قُدّم قول الغاصب مع يمينه،

في الزمان ـ قدّم شهادة العدلين إجماعاً، ولأنّه مبنيّ على التغليب ويقدّم على غيره كما صرّح بذلك كلّه في «الإيضاح».

وحاول في «جامع المقاصد» الفرق بين ما نحن فيه وبين المثال فقال: يمكن الفرق، لأنّ العبد والسيّد في المثال اتّفقا على الرقّ والشاهدان لم ينفياه بل شهدا بأمرٍ زائد، وهو طروّ العتق، فكانت الشهادة مسموعة، بخلاف ما نحن فيه فإنّهم متّفقون على وقوع العتق وأنّه وقع فاسداً، وفي المثال لو قدّر اعترافهما بوقوع العتق ودعواهما فساده لكان كالمسألة الأولى، انتهى[1]. ولم يتّضح لنا ماذا أراد بالمسألة الأُولى مسألتنا الّتي نحن فيها أم ما تقدّمها، وكلاهما لا يتمّ، بل لو أراد مسألتنا لقال: لكان ممّا نحن فيه، فليتأمّل. ثمّ إنّه كأنّه لم يلحظ «الإيضاح» فإنّه ادّعى فيه الإجماع على تقديم الشهادة مع التعارض ـ أي في الزمان ـ فلا يصحّ له أن يقول إنّ الشاهدين لم ينفياه ... إلى آخره. ثمّ إنّه قال في تأييد الاحتمال الأوّل: إنّ حقّ الله تعالى في الإعتاق تابع لوقوعه صحيحاً، ومنشئ العقد والإيقاع أعلم به، لأنّه فعله[2]. قلت: هذان جيّدان. قال: ويلزم عليه عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين، لأنّ لله تعالى في ذلك حقّاً، فإنّ الفروج أشدّ احتياطاً من غيرها. قلت: هذا غير جيّد جدّاً.

[خاتمة في النزاع]

[فيما لو اختلف المالك والغاصب في التلف]

قوله: ﴿لو اختلفا في تلف المغصوب قُدّم قول الغاصب مع

(١ و٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٥.

لأنّه قد يصدق ولا بيّنة،

يمينه﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والدروس[5] واللمعة[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8]» وظاهر «غاية المراد[9]» الإجماع عليه. وقد يظهر ذلك من «التذكرة[10]» أيضاً وإن كان مخالفاً للأصل.

قوله: ﴿لأنّه قد يصدق ولا بيّنة﴾ معناه أنّه يمكن أن يكون صادقاً فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف. ولا يرد مثله لو أقام المالك بيّنةً ببقائه مع إمكان كذب البيّنة، لأنّ بقاءها ثابت شرعاً وظاهر الحال يقتضي صدق البيّنة، فيجوز البناء على هذا الظاهر وإهانته بالحبس والضرب إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عناداً، بخلاف البناء على الأصل فإنّه حجّة ضعيفة مختلف فيها في إثبات الأحكام لا في رفعها فإنّهم اتّفقوا[11] على عدم التوريث من مال الغائب المفقود خبره واختلفوا[12] في توريثه إذا مات مَن يرثه الغائب، بل ظاهرهم في الفقه الاتّفاق على العدم، وما نحن فيه من قبيل الثاني، فكانت حجّته ضعيفة فلا يناسبها التضييق بالعقوبة. ومن الغريب أنّهم هنا لم يختلفوا في تقديم قول الغاصب

---

(١) شرائع الإسلام: في الغصب في مسائل التنازع ج ٣ ص ٢٥٠.

(٢ و ١٠) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ١٦ ـ ١٧.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥١.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(٥) الدروس الشرعية: فيما لو اختلف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٧.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦. (٧) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٨) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٥٤.

(٩) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

(١١) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق أسباب المنع في الإرث ج ٤ ص ١٦، والعلّامة في قواعد الأحكام: في موانع الإرث خاتمة ج ٣ ص ٣٥٤، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في موجبات موانع الإرث ص ٢٥٥.

(١٢) سيأتي في ج ٨ ص ٩٧ من الطبعة الرحلية، الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثاني والعشرين.

فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقيةً بزعم الطالب للعجز بالحلف، وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي،

واختلفوا في باب الإجارة فيما إذا ادّعى الصانع تلف ما في يده فقال جماعة: إنّه لا يقبل قوله إلّا بالبيّنة كما يأتي بيانه[1].

قوله: ﴿فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقيةً بزعم الطالب للعجز بالحلف﴾ يريد أنّ الانتقال إلى البدل قد يكون لتلف العين وقد يكون لتعذّر ردّها وإن كانت باقية، فيستحقّ المالك البدل للحيلولة بتعذّر العين والعجز عن ردّها وإن قطع ببقائها فضلاً عن دعوى البقاء ظاهراً. وإذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر واستحقاق البدل متعيّن. وهو جواب عن قول بعض العامّة[2]: إنّ المالك ليس له أن يطالب بالقيمة، لأنّه يزعم بقاء العين فلا يستحقّ البدل، وإنّما ثبت باليمين تلفها بعد اليمين وإن أسنده إلى ما قبل.

[فيما لو اختلف الغاصب والمالك في القيمة]

قوله: ﴿وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي﴾ أي يقدّم قول الغاصب بيمينه كما هو خيرة «الخلاف[3] والمبسوط[4] والسرائر[5]» في موضعين منهما و«الشرائع[6] والنافع[7] والتذكرة[8]

---

(١) سيأتي في ج ٧ص٢٨٨من الطبعة الرحلية، الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء التاسع عشر.
(٢) راجع المجموع: في الغصب ج ١٤ ص ٢٩٤.
(٣) الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤١٢ مسألة ٢٦.
(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ص ٧٥و٩٥.
(٥) السرائر: في الغصب ج ٢ص ٤٩٠و٤٩٦.
(٦) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.
(٧) المختصر النافع: في اللواحق في الغصب ص ٢٤٩.
(٨) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ١٦ ـ ١٧.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والتبصرة[٣] والمختلف[٤] والإيضاح[٥] والمقتصر[٦] والتنقيح[٧] والدروس[٨] واللمعة[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢] والرياض[١٣]» وقد نسب في «المسالك[١٤] والكفاية[١٥]» إلى أكثر المتأخّرين. وفي «الرياض» إلى عامّتهم[١٦]. والمخالف المفيد في «المقنعة» في باب البيع قال: وإن اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه[١٧]. ووافقه على ذلك الشيخ في «النهاية[١٨]» في باب بيع الغرر والمجازفة ولا ثالث لهما بعد فضل التتبّع، ولكن قد نسب في «الشرائع[١٩] والتحرير[٢٠]» إلى الأكثر. قال في «الكفاية» لا يبعد ترجيحه[٢١]. ولا ترجيح في «كشف الرموز[٢٢] وغاية المراد[٢٣]».

(١ و ٢٠) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٣) تبصرة المتعلّمين: في الغصب ص ١٠٩.
(٤) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٢٨.
(٥) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٦.
(٦) المقتصر: في الغصب ص ٣٤٤.
(٧) التنقيح الرائع: في لواحق الغصب ج ٤ ص ٧٨.
(٨) الدروس الشرعية: فيما لو اختلف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦.
(١٠) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٦.
(١١ و ١٤) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٤٨ و ٢٤٩.
(١٢) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٨ ـ ٥٩.
(١٣ و ١٦) رياض المسائل: في لواحق أحكام الغصب ج ١٢ ص ٢٩٣.
(١٥ و ٢١) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٦.
(١٧) المقنعة: في إجازة البيع وفساده وحكم الدرك فيه ص ٦٠٧.
(١٨) النهاية: في بيع الغرر والمجازفة وما يجوز بيعه ... ص ٤٠٢.
(١٩) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.
(٢٢) كشف الرموز: في الغصب ج ٢ ص ٣٨٥.
(٢٣) غاية المراد: في الغصب ج ٢ ص ٤١١.

ما لم يدّع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد.

حجّة ما عليه المعظم أنّه منكر وغارم وأنّ الأصل عدم الزيادة وبراءة الذمّة، وقد اعتضد بإطباق المتأخّرين عليه. ولعلّ نظر الشيخين في المقنعة والنهاية لأن كانتا متون أخبار إلى ما في صحيحة أبي ولّاد من قوله: فمن يعرف ذلك؟ ـ أي القيمة ـ قال عليه السلام: أنت، وهو إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، وإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك[1]. مضافاً إلى موافقة الاعتبار فإنّ المالك أعرف بقيمة ماله من الغاصب الّذي يناسبه أن يؤخذ بأشقّ الأحوال، لكنّ الأصل المعتضد بما عرفت يقدّم عليهما وإن كانت خاصّة لفقد المكافأة، ولا اعتبار بالاعتبار وحده.

قوله: ﴿ما لم يدّع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد﴾ يريد أنّ تقديم قوله إنّما هو فيما إذا ادّعى ما يحتمل كونه قيمة للمغصوب ولو نادراً، أمّا لو ادّعى ما يعلم كذبه عادةً لم يقبل كما في «الشرائع[2] والتحرير[3] والإيضاح[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7]» ولعلّ ترك هذا القيد في «المبسوط» وغيره من بقيّة الكتب المتقدّمة لمكان ظهوره. وقال في «الكفاية»: قيل: لا يقبل[8]، فظاهره التوقّف، وهو في غير محلّه.

وهل يقدّم حينئذٍ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذٍ لظهور

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الغصب ح ١ ج ١٧ ص ٣١٣.
(٢) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠.
(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٦.
(٥) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٧.
(٦) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٤٩.
(٧) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٨.
(٨) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٦.

وكذا لو ادّعى المالك صفةً تزيد بها القيمة كتعلّم صنعة،

كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفاءه فيلغى قوله بالكلّية أم يطالب بما يكون محتملاً فيقبل منه وهلم جرّا؟ وجهان صريح «التحرير[1]» الثاني، قال في «جامع المقاصد»: لم أجد تصريحاً بأحدهما[2]. وقوّى في «المسالك[3] والروضة[4]» الثاني اطّراداً للقاعدة، قال: ولا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً حيث يوافق الأصل، والأصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين في غير محلّ الوفاق، فتأمّل.

قوله: ﴿وكذا لو ادّعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلّم صنعة﴾ أي يقدّم قول الغاصب مع يمينه كما في «السرائر[5] والشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والدروس[10] واللمعة[11] وجامع المقاصد[12] والمسالك[13] والروضة[14]» وغيرها[15]. وقال في «الكفاية»: إنّه غير بعيد لكن في عموم صحيحة أبي ولّاد ما يخالفه انتهى[16]. والجواب عن ذلك هو ما تقدّم في مثله بل هنا

(١ و٨) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥٠.

(٢ و١٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٧.

(٣ و١٣) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٤ و١٤) الروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٥٨ ـ ٥٩.

(٥) السرائر: في الغصب ج ٢ ص ٤٩٠.

(٦) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٩ س ٢٠ فما بعد.

(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.

(١٠) الدروس الشرعية: فيما لو اختلف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٧.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الغصب ص ٢٣٦.

(١٥) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٥.

(١٦) كفاية الأحكام: في أحكام الغصب ج ٢ ص ٦٥٧.

أو تنازعا في الثوب الّذي على العبد، أو الخاتم الّذي في إصبعه.

أمّا لو ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور أو ادّعى ردّ العبد قبل موته والمالك بعده أو ادّعى ردّ الغصب أو ردّ قيمته أو مثله قُدّم قول المالك مع اليمين.

لامخالف منّا أصلاً. وكذا لو كان الاختلاف في تقدّمها لتكثّر الأُجرة لأصالة عدمه.

قوله: ﴿أو تنازعا في الثوب الّذي على العبد أو الخاتم الّذي في إصبعه﴾ هذا أيضاً كسابقه لا أجد فيه خلافاً. وبه صرّح في الكتب المتقدّمة[1] إلّا السرائر والتحرير، لأنّ يده حالة الغصب على الجميع فيقدّم قوله، ولا يعارضه سبق يد المالك، لأنّ يد الغاصب طارئة ناسخة للسابق، ويدلّ على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لنفسه ومنفعته وذلك فرع إثبات اليد.

[فيما لو ادّعى الغاصب عيباً في المغصوب]

قوله: ﴿أمّا لو ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور﴾ هذا قد تقدّم الكلام فيه في آخر المطلب الأوّل[2] واستوفينا الكلام فيه. وهو من متفرّدات الكتاب.

قوله: ﴿أو ادّعى ردّ العبد قبل موته والمالك بعده أو ادّعى ردّ الغصب أو ردّ قيمته أو مثله قُدّم قول المالك مع اليمين﴾ الوجه في الأخيرين ظاهر، لكنّ الإشكال في أمرٍ آخر وهو أنّه يلزم من تقديم قول المالك تخليد الغاصب في الحبس كما في دعوى التلف. ويمكن الفرق بأنّ الغاصب في دعواه التلف أثبت البدل على نفسه وحلفه لإسقاط العين، ولو لم يسمع خلّد في

---

(١) راجع ص ٣١٣ هوامش ٤٥ و٤٦ و٤٨ ـ ٥٤.

(٢) تقدّم ذِكره في ص ١٩١ ـ ١٩٥.

الحبس، فكان عليه اليمين، وفي دعواه الردّ هنا ادّعى إسقاطهما فلذا يحلف المالك على عدمه، والحلف حجّة شرعية كالبيّنة، فلا أقلّ من البدل بعد تعذّر العين، ولكن لا ينتقل إليه ابتداءً بل بعد الحبس والعذاب، إذ الانتقال إلى البدل ابتداءً من دون حجّة شرعية كحلفه ـ أي الغاصب ـ يوجب الرجوع إلى قوله محضاً في صورة الحلف وإلى قوله في الجملة في الانتقال إلى البدل، لأنّه ما ادّعى الردّ إلّا لينتقل إلى البدل على الظاهر وتكليفه بالعين يوجب تخليده الحبس، فلابدّ من شيء يقوم مقام حلفه ـ أي الغاصب ـ ولابدّ من شيء لأجل حلف المالك الّذي هو حجّة كالبيّنة، وليس هو في الموضعين إلّا الضرر والحبس إلى أن توجد قرينة على عدم العين كما لو أقام شاهداً واحداً على بقائها.

وأمّا الأوّل فقد استدلّ عليه في «جامع المقاصد[1]» بأصل عدم التقدّم وأصل بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم. وأراد بأصل عدم التقدّم أصل عدم تقدّم الردّ على الموت، وهو معارض بمثله. وهو أصل عدم تقدّم الموت على الردّ. وهذا التعارض يقضي باقترانهما، لكنّ الأصل عدمه، مضافاً إلى ندرته أو عدم تحقّقه فيما نحن فيه وعدم كفايته في براءة ذمّة الغاصب، فوجب الترجيح، واستصحاب عدم الردّ والتسليم يقضي بعدمه إلى حين الموت. ولا يعارضه أصالة براءة الذمّة المرجّحة للأصل الثاني، لأنّها مقطوعة بأصالة بقاء الضمان وأصالة استحقاق المطالبة فيكون القول قول المالك مع يمينه كما هو المشهور.

وحكى في «الشرائع[2] والتحرير[3]» عن الخلاف أنّه قال: ولو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزاً، والّذي حكياه عن «الخلاف» إنّما قاله عند تعارض البيّنتين،

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٢) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥١.

وهو الّذي حكاه عنه في «المختلف[1] والدروس[2]» وقال في «الدروس»: إنّه حَسن بل واجب. وفي «المختلف» أنّه غير بعيد.

ولم يتعرّض في «المبسوط» في المسألة إلّا لما إذا أقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً بما ادّعاه، وقال: إن قلنا إنّ البيّنتين إذا تقابلتا سقطتا وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عنده حتّى يعلم ردّه كان قويّاً[3]. وقال في «السرائر»: إنّ الّذي قوّاه مذهب الشافعي في تقابل البيّنتين لا مذهب أصحابنا، وإنّما مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة، لأنّه أمرٌ مشكل، وليس هذا من ذلك القبيل ولا هو منه بسبيل ولا في هذا إشكال ـ إلى أن قال: ـ إنّما تسمع بيّنة الغاصب، لأنّها تشهد بأمر قد يخفى على بيّنة المالك[4]. وأطال في بيان ذلك والاستدلال عليه.

وانتهض في «المختلف[5]» للردّ عليه وقال: إنّ قول الشيخ غير بعيد كما عرفت. وقال في «المسالك[6]» إنّ القول بالقرعة عند تعارض البيّنتين مشكل، لأنّه مع التعارض إن قدّمنا بيّنة الداخل، وهو الّذي قدّم قوله فهو المالك أو الآخر فهو الغاصب. وقد نبّه على ذلك في «المختلف». ونحن نقول: لعلّ الشيخ في الخلاف يقول: إنّ العبد الّذي في اللحد خارج عنهما، ثمّ إنّ مَن قدّم قوله هنا لايكون داخلاً والغاصب خارج، لأنّ الخارج هو المدّعي بجميع معانيه والمالك لا يترك إذا ترك، ثمّ إنّه قد تقدّم آنفاً أنّ الغاصب ذايد، فتأمّل جيّداً.

(١ و ٥) مختلف الشيعة: في الغصب ج ٦ ص ١٣٠ ـ ١٣١.
(٢) الدروس الشرعية: فيما لو اختلف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٧.
(٣) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٥.
(٤) السرائر: فيما لو غصب عبداً ومات واختلفا ج ٢ ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦.
(٦) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٥٣.

ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادّعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده أو ادّعى المالك تجدّد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه ـ على إشكال ـ

[فيما لو اتفقا في زيادة القيمة واختلفا في وقتها]

قوله: ﴿ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادّعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده﴾ أي لو اختلفا بعد اتّفاقهما على ارتفاع قيمته باعتبار السوق في وقت حصول هذه الزيادة فادّعى المالك حصولها قبل التلف وأنكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه، لأنّه منكر. وحكى في «جامع المقاصد» عن الشهيد في حواشيه أنّه قال: إنّ هذا إنّما يتأتّى عند مَن قال بضمان أعلى القيم، أمّا مَن قال بضمان قيمة يوم التلف كالمصنّف في المختلف فإنّه يسقط هذا الفرع، قال: وفيه نظر، لأنّ زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما إذا بقيت الزيادة إلى حين التلف فلا يتمّ ما ذكره[1]. قلت: بل هو صادق على ما إذا زادت عند التلف، ونظر الشهيد إلى أنّ إطلاق هذه الكلمة لا يتمّ إلّا على ذلك القول، وهو كذلك إلّا أن يدّعى أنّ المتبادر من الكلمة هو ما كان عند التلف فيكون هو الجواب لا غيره. وقد اختار المصنّف هذا القول في الكتاب في عدّة مواضع[2]، وإنّما ظاهره التوقّف فيه في موضع واحد، ولا مانع من تنزيل هذا الفرع على مختاره فيه.

قوله: ﴿أو ادّعى المالك تجدّد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه ـ على إشكال ـ﴾ هذا قد تقدّم الكلام فيه في آخر المطلب الأوّل[3]

---

(١) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٨.

(٢) ومن هذه المواضع مسألة اختلاف المتبايعين في قيمة السلعة التالفة (ج ١٤ ص ٨٢٤) ومسألة إنكار الوكيل سبق العيب (الجزء المذكور ص ٥٢٢) ومسألة دعوى المشتري سبق العيب على العقد (الجزء المذكور ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤) وغير ذلك كباب الإجارة والوكالة وغيرهما، فراجع.

(٣) تقدّم في ص ١٩١ ـ ١٩٦.

أو غصبه خمراً وادّعى المالك تخلّله عند الغاصب وأنكر الغاصب قُدّم قول الغاصب.

ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ثمّ انتقل إليه بسببٍ صحيح فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك وأقام بيّنة فالأقرب أنّه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضمّ إليه ما يتضمّن ادّعاء الملكية سُمعت بيّنته، وإلّا فلا، كأن يقول: بعتك ملكي، أو: هذا ملكي، أو: قبضت ثمن ملكي، أو: أقبضته ملكي

مستوفى، لأنّا ذكرنا هناك هذا الفرع والفرع المتقدّم، وهو ما إذا ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة.

[في دعوى مالك الخمر تخلّله والغاصب أنكره]

قوله: ﴿أو غصبه خمراً وادّعى المالك تخلّله عند الغاصب وأنكر الغاصب قُدّم قول الغاصب﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» مع تقييد الخمر فيهما بكونها محترمة، لأنّها إذا تخلّلت حينئذٍ في يد الغاصب تكون للمالك وغيرها يملكها الغاصب بتخلّلها عنده لحدوث الملك في يده ولا أوّلية للأوّل كما تقدّم بيان ذلك.

والوجه في تقديم قول الغاصب أنّ الأصل براءة ذمّته، وشغلها يتوقّف على الثبوت والأصل عدم تخلّلها.

وكان على المصنّف أن يؤنّث الضمير. وقوله «قدّم قول الغاصب» جواب للشرط في المسائل الثلاث.

[فيما لو نقل الغاصب المغصوب ثمّ انتقل اليه صحيحاً]

قوله: ﴿ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ثمّ انتقل إليه بسببٍ

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب في نقصان الصفات ج ٢ ص ٣٨٧ س ١٤ فما بعد.

(٢) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣٩.

صحيح فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك وأقام بيّنة فالأقرب أنّه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضمّ إليه ما يتضمّن ادّعاء الملكية سُمعت بيّنته، وإلّا فلا، كأن يقول: بعتك ملكي، أو: هذا ملكي أو: قبضت ثمن ملكي: أو: أقبضته ملكي» هذا معنى ما في «المبسوط [1] والسرائر [2] والإرشاد [3] والإيضاح [4] والدروس [5] والمسالك [6] ومجمع البرهان [7]» وقد استحسنه في «التحرير [8]» ولا ترجيح في «الشرائع» قال: هل تسمع بيّنته؟ قيل: لا، لأنّه مكذّب لها بمباشرة البيع، وقيل: إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضمّ إليه من الألفاظ ما يتضمّن ادّعاء الملكية قبلت وإلّا ردّت [9]. ونحوه ما في «المسالك [10] والتحرير [11]» من أنّ في المسألة قولين مع استحسان الأخير في الأخير واختياره في الأوّل كما سمعت. ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقاً لا في الباب ولا باب الهبة ولا الإقرار ولا القضاء حتّى أنّه في المبسوط لم يذكره لأحد من العامّة وإنّما ذكره احتمالاً. ووجهه ـ أي هذا الاحتمال ـ أنّه مكذّب لبيّنته بمباشرته البيع الدالّ على كونه ملكه.

وضعّف بأنّ البيع كما يقع على ما يملكه يقع على ما لا يملكه بالإذن وغيره غايته أنّه بدون الإذن يكون فضوليّاً، فمطلق البيع لا يقتضي تكذيب البيّنة لإمكان

(١) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٠.
(٢) السرائر: في ما لو غير الغصب عن صفته الّتي هو عليها ج ٢ ص ٤٩٢.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الغصب ج ١ ص ٤٤٨.
(٤) إيضاح الفوائد: في الغصب وتوابعه ج ٢ ص ١٩٧.
(٥) الدروس الشرعية: فيما لو اختلف المالك والغاصب ج ٣ ص ١١٨.
(٦ و ١٠) مسالك الأفهام: في مسائل التنازع في الغصب ج ١٢ ص ٢٥١.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٧.
(٨ و ١١) تحرير الأحكام: في أحكام الغصب ج ٤ ص ٥٥١.
(٩) شرائع الإسلام: في مسائل التنازع في الغصب ج ٣ ص ٢٤٩.

صدقها في عدم ملكيّته وإمكان صدقه في البيع، ولهذا حكم الأصحاب بالسماع إن اقتصر على لفظ البيع.

وعساك تقول: إنّ إطلاق البيع ينزّل على ما يملكه، ومن ثمّ لو باع مالك النصف مشاعاً النصف انصرف إلى نصيبه ولم ينزّل على الإشاعة، ولو كان أعمّ لنزّل عليها، لأنّا نقول: قد تقدّم[1] أنّ احتمال الإشاعة في المثال قد ذكره جماعة، فليس بتلك المكانة من الوهن والضعف، ثمّ إنّ القرينة هنا موجودة، فإنّ الظاهر الغالب كون الإنسان لا يبيع ملك غيره بل مال نفسه، فإذا أمكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة والعرف المطّرد، بخلاف ما إذا باع الإنسان مال غيره الّذي لا يتصوّر ملك البائع له حالة البيع، فإنّه لا نفوذ له إلّا في ملك الغير لعدم إمكان غيره، فكان ذلك هو المخصّص لهذا الفرد.

وأمّا حكمهم بعدم السماع فيما إذا ضمّ إليه ما يدلّ على كونه مالكاً فلتكذيبه إيّاها. وفي «مجمع البرهان[2]» يمكن السماع لدعوى الغلط والنسيان إلّا أنّه قال: إنّه بعيد جدّاً.

تمّ بعون الله تعالى وحمده بتوفيق منه وتسديده وصلّى الله على محمّد وآله.

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٥٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الغصب ج ١٠ ص ٥٥٧.

المقصد الثاني

في الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع،

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كما هو أهله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمّدٍ وآله الطاهرين، ورضي الله عن رواتنا المحسنين. وبعد فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد آية الله الإمام العلّامة زاد الله سبحانه إكرامه، تصنيف الأقلّ الأذلّ الراجي عفو ربّه الغنيّ محمّد الجواد بن محمّد بن محمّد الحسيني الحسني العاملي ـ عامله الله بلطفه الجليّ والخفيّ، قال:

﴿المقصد الثاني: في الشفعة﴾

[في تعريفها]

قوله: ﴿وهي استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع﴾ قد بيّنّا في باب الرهن[1] أنّ المقصود من تعريفات الأبواب إنّما هو التمييز

---

(١) تقدّم في باب الرهن ج ١٥ ص ٢١٩ ـ ٢٢٣.

في الجملة لتذكر فيرتّبوا عليها الأحكام، وقد استوفينا الكلام في ذلك، فلا يقدح فيها ما يورد عليها ولا ينبغي الاشتغال بذلك، لكنّه لمّا تعرّض لذلك المقداد[1] والمحقّق الثاني[2] والشهيد الثاني[3] وأوردوا على المصنّف والمحقّق ما أوردوا أردنا أن نبيّن أنّ ذلك في غير محلّه، فتعريف الكتاب هو ما سمعته. وعرّفها في «الشرائع» بأنّها استحقاق أحد الشريكين حصّة شريكه بسبب انتقالها بالبيع[4]. وأوّل من عرّفها فيما أجد أبو الصلاح[5] وصاحب الغنية، قال في «الغنية»: الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته[6]. وتبعه على ذلك صاحب «السرائر[7]» حرفاً فحرفاً، واقتفاهما المتأخّرون[8] فعرّفها الرجل الواحد في كلّ كتاب بما حصل في نظره أنّه يحصل التمييز به.

وقد أورد الفاضل المقداد[9] على تعريف الكتاب ووافقه شيخنا صاحب «الرياض[10]» بأنّه قد يستحقّ الشريك حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالإرث وغيره.

وفيه: أوّلاً أنّك قد عرفت أنّ الغرض التمييز في الجملة، وإنّما يحصل تمام التمييز بالعلم بالشرائط من الأدلّة، وثانياً أنّ ترتيب الحكم على الوصف يفيد

(١ و٩) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٠.

(٢) جامع المقاصد: في تعريف الشفعة ج ٦ ص ٣٤٢.

(٣) مسالك الأفهام: في تعريف الشفعة ج ١٢ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٤) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.

(٥) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(٦) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.

(٧) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٥.

(٨) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٧، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩، وأبوالعباس في المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٥٩.

(١٠) رياض المسائل: في تعريف الشفعة ج ١٢ ص ٢٩٨.

العلّية، ولهذا قلنا: إنّ التخصيص بالوصف كالتخصيص بإلاّ والشرط والغاية، وإنّ مفهومه حجّة. وثالثاً أنّ قوله «بالبيع» قد تنازعه قوله «استحقاق» و«المنتقلة». ورابعاً أنّ المراد بالاستحقاق الاستحقاق الشرعي الّذي ثبت بسبب البيع لأحد الشخصين فقط، اللّذين كانا شريكين في شيءٍ واحد إلى حين انتقال الملك إلى غير مستحقّ ذلك الاستحقاق، فالمراد بالشريك الشريك عرفاً. وهذا المعنى هو المتبادر من التعريف المذكور من وجوه، وإن كان قد يبادر بالنكير باديَ بدء.

وبه يندفع ما أورد عليه وعلى تعريف الشرائع المحقّق الكركي والشهيد الثاني.

قال الأوّل: إنّ هذا التعريف صادق على استحقاقه انتزاع حصّته ببيعه إيّاها، ثمّ إنّ الحصّة لا يعلم أيّ حصّة يراد بها، وكذلك الشريك لا يتعيّن أيّ شريك يراد به[١].

قلت: أمّا الأوّل فيدفعه أنّ المتبادر انتقالها إلى غير مستحقّ ذلك الاستحقاق وما ذكر لا يعرّج عليه إلّا بعد التنبيه عليه.

وقال في «المسالك»: ولا يجدي الجواب بأنّ الشريك بعد البيع ليس بشريك، لمنع زوال اسم الشريك عنه بناءً على أنّه لا يشترط في صدق المشتقّ حقيقة بقاء المعنى المشتق منه، ولا مخلص من ذلك إلّا بالتزام كونه حينئذٍ مجازاً، لكنّ الأصحاب لا يقولون به، وعلى هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمة، ويلزم ثبوت الشفعة لأحد الشريكين المتقاسمين في حصّة الآخر إذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به[٢].

قلت: ظاهره الإجماع على أنّه لا يشترط في صدق المشتقّ بقاء المبدأ حيث نسب عدم القول بالمجازية إلى الأصحاب، وهو صحيح فيما إذا كان متجاوزاً متعدّياً كالضارب والقاتل، وأمّا إذا كان الوصف ممّا ثبت كذا دام فلاريب في

(١) جامع المقاصد: في تعريف الشفعة ج ٦ ص ٣٤٢.

(٢) مسالك الأفهام: في تعريف الشفعة ج ١٢ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

اعتبار البقاء كما أنّه إذا كان ممّا ثبت دام* مدّة فإنّه يعتبر البقاء تلك المدّة كالحائض والشريك، فالحائض بعد انقضاء الحيض ليست بحائض، والشريك بعد البيع ليس بشريك لغةً، وإنّما هو شريك عرفاً من جملة مسامحات أهل العرف، والبناء في الباب على العرف. وأمّا الشريك بعد القسمة فيرد الإيراد به أنّك قد عرفت أنّ المراد من الاستحقاق هو الاستحقاق الشرعي، فلا تثبت فيما إذا لم يكن عموم يدلّ على إثباتها، فلم يدخل حتّى يخرج، سلّمنا أنّه تعريف المطلق لكنّ الصحيح وغيره يعلمان من الشرائط بعد ذلك.

وأمّا قوله في جامع المقاصد «إنّ الحصّة لا يعلم أيّ حصّة يراد بها وكذلك الشريك لا يتعيّن أيّ شريك يراد به» فقد أوضحه في «المسالك» بقوله: إنّه يصدق مع كثرة الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنّه حينئذٍ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصّة المستحقّة بالبيع إلى أحدهما من شريكه، إلّا أن يقال هنا: الشريك لم يستحقّ حصّة شريكه، بل بعض حصّته، وهي المنتقلة بالبيع دون باقي حصّته حيث إنّ شريكه يشمل الشريكين، بناءً على أنّ المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقّق استحقاقه حصّة شريكه. ويؤيّد هذا أنّ الحصّة وإن كانت صادقة على بعض ما يستحقّه الشريك ـ كما يقال: باع حصّة من نصيبه وإن قلّت ـ إلّا أنّها بإضافتها إلى الشريك تتناول جميع حصّته بناءً على القاعدة المذكورة[1].

قلت: لعلّه أشار في جامع المقاصد بقوله: إنّ الحصة لا تعلم أيّ حصّة هي، إلى ما ذكره في «المسالك» في قوله «إلّا أن يقال» وأشار أيضاً بقوله في «جامع المقاصد»: وكذلك «الشريك لا يتعيّن أيّ شريك» إلى ما في «المسالك» من

* ـ كذا في الأصل.

(١) مسالك الأفهام: في تعريف الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٠.

وليست بيعاً، فلا يثبت خيار المجلس.

قوله: إنّه يصدق مع كثرة الشركاء ... إلى آخره. ثمّ قال في «المسالك»: ولا تخلّص من هذه المضايقات إلّا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصّته لم يبق شريكاً عرفاً، والاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقّق إلّا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفاً وإن صدقت لغةً، انتهى [1].

وفيه نظر من وجوه: الأوّل أنّه إذا كان الشريك بعد البيع لا يبقى شريكاً عرفاً خرجت جميع أفراد المعرّف فلم يبق منها شيء داخل تحت التعريف. والثاني أنّ المتبادر من التعريف أنّ هناك شريكين لا غير، فلا يحتاج إلى قوله «إلّا أن يقال ... إلى آخره». ثمّ إنّ ما تضمّنه ـ أي قوله «إلّا أن يقال» ـ غير تامّ، لأنّ الحصّة في تعريفي الشرائع والكتاب مقيّدة بكونها منتقلة بالبيع. والثالث أنّ إضافة حصّة إلى الشريك ليست للعموم قطعاً بل هي أعمّ، وإلّا للزم أن لا تثبت الشفعة إذا باعه بعض الحصّة، لأنّه ليس بجميع الحصّة. ثمّ إنّ الحال في الإضافة كالحال في التعريف باللام تجري فيه الأقسام الأربعة وليست كلّ إضافة للعموم. هذا وقد أجمعت الاُمّة على ثبوتها وإن اختلفوا في مسائلها، كما في «المهذّب البارع [2]».

قوله: ﴿وليست بيعاً﴾ بإجماع الاُمّة على الظاهر من «التذكرة [3]» وغيرها [4].

[في عدم ثبوت خيار المجلس في الشفعة]

قوله: ﴿فلا يثبت خيار المجلس﴾ عند أصحابنا جميعهم كما في «جامع

---

(١) مسالك الأفهام: في تعريف الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٠.
(٢) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٠.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٠.
(٤) كغنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.

وفيه فصول:

الأوّل: المحلّ

وهو كلّ عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة،

المقاصد[1]» وعند علمائنا كما في «التذكرة[2]» وبلا خلاف كما في «السرائر[3]» فلو أخذ وأثبت الملك لم يكن له الخيار في الفسخ، نعم له العفو والإسقاط قبل ذلك. وللشافعي[4] قولان في ثبوت الخيار بأن يترك بعد ما أخذ أو يأخذ بعد ما ترك ما دام في المجلس، لأنّ ذلك معاوضة فله في أخذها وتركها خيار المجلس، ولا ينقطع بمفارقة المشتري المجلس. ويأتي[5] إن شاء الله تعالى ما يدلّ على ثبوت خيار العيب، والظاهر ثبوت خيار الغبن، لأنّ فيه دفعاً للضرر المنفيّ ولأنّه ربّما أدّى نفيه إلى الضرر بأن يبيعه بأضعاف القيمة لإيقاع الشفيع الجاهل بها، والظاهر أنّه لا يثبت فيها خيار الشرط، إذ لا عقد ليشترطا فيه ذلك مع عدم الدليل على ثبوته.

[فيما تثبت فيه الشفعة]

قوله: ﴿الأوّل: المحلّ، وهو كلّ عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة﴾ أمّا ثبوتها في العقار الثابت كالمساكن والعراص والبساتين فقد

---

(١) جامع المقاصد: في تعريف الشفعة ج ٦ ص ٣٤٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٠.
(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.
(٤) المجموع: في الشفعة ج ١٤ ص ٣٤٢.
(٥) سيأتي في ص ٥٩٩ ـ ٦٠٦.

فلا يثبت في المنقولات على رأي،

استفاض نقل الإجماع عليه حكاه الشيخ في «الخلاف[١]» والمحقّق في «الشرائع[٢] والنافع[٣]» في موضعين من كلٍّ منهما وتلميذه في «كشف الرموز[٤]» والمصنّف في «التذكرة[٥]» والشهيد في «غاية المراد[٦]» وصاحب «جامع المقاصد[٧]» والشهيد الثاني في «المسالك[٨]» والمقدّس الأردبيلي في «مجمع البرهان[٩]». وفي «التذكرة» أيضاً أنّه لا خلاف فيه إلّا من الأصمّ[١٠].

[حكم الشفعة في المنقولات]

قوله: ﴿فلا يثبت في المنقولات على رأي﴾ هو خيرة «الخلاف[١١] والمبسوط[١٢] ومجمع البيان[١٣] وفقه

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦ مسألة ١.

(٢) شرائع الإسلام: في ما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.

(٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٤٩.

(٤) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨ و٣٩١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٣.

(٦) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٢.

(٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٤.

(٨) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦١.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٣.

(١١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٥ مسألة ١.

(١٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(١٣) لم يذكر الطبرسي في مجمع البيان ما نسبه إليه الشارح كما هو ظاهر النسبة، وإنّما أقرّ على ذلك في كتابه المسمّى بالمؤتلف من المختلف (ج ١ ص ٦٢٨) الّذي هو تلخيص لخلاف الشيخ أبي جعفر رحمه الله حيث إنّه ذكر ما في الخلاف من حكمه بعدم الشفعة في السفينة وكلّ ←

الراوندي[1]» صرّح به عند كلامه على بيع الثمرة و«الشرائع[2] والنافع[3] وكشف الرموز[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والتبصرة[8] والمختلف[9] والإيضاح[10] واللمعة[11] والمقتصر[12] وجامع المقاصد[13] والمسالك[14] والروضة[15] ومجمع البرهان[16]» وحكاه في «المختلف[17]» عن والده وابن حمزة، ولعلّه أراد في «الواسطة» كما حكاه عنها «كاشف الرموز[18]» أو أراد «الوسيلة[19]» لأنّه الظاهر

← ما يمكن تحويله ولم يردّ عليه، فالمراد من مجمع البيان إنّما هو بحذف المضاف أي صاحب مجمع البيان، أو أنّ المنقول عنه حيث يكون في كتب كثيرة بلفظ الطبرسي فتخيّل الشارح الناسب أنّ المذكور المنقول عنه إنّما هو في مجمع البيان فنسبه إليه، فتأمّل جيّداً.

(١) فقه القرآن: باب الشفعة ج ٢ ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٢) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.

(٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٤٩.

(٤) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٤ و١٩٦.

(٦) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٧.

(٧) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٤.

(٨) لعلّ العبارة المرادة من المنسوب إليه في التبصرة هو قوله «بشروط: أن يكون الملك ممّا يصحّ قسمته» انتهى. راجع التبصرة: ص ٩٨، حيث إنّ المنقولات جلّها أو كلّها كذلك. وإلّا فلم نجد العبارة الّتي نسبها إليه الشارح في التبصرة صريحاً، فراجع وتأمّل.

(٩) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٨.

(١٠) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.

(١٢) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٥.

(١٣) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٤.

(١٤) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٤.

(١٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.

(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٣.

(١٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٧.

(١٨) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(١٩) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.

منها ومن «المراسم[١]» لأنّ الظاهر منهما اختصاص الشفعة بالأملاك أي العقار. وهو الّذي يقتضيه كلام الحسن بن أبي عقيل حيث قال: لا شفعة في سفينة ولا رقيق[٢]. ولا قائل منّا بالفصل بينهما وبين غيرهما. وقد قال به أو مال إليه في «غاية المراد[٣]» ونفى عنه البُعد في «الكفاية[٤]» وهو مذهب أكثر أصحابنا كما في «الخلاف[٥]» وأكثر المتأخّرين كما في «المسالك[٦] والكفاية[٧]» والأشهر كما في «المهذّب البارع[٨]» والمشهور كما في «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» وبين المتأخّرين كما في «مجمع البرهان[١١]» وعليه المتأخّرون كما في «الدروس[١٢]» وهو الظاهر من رواياتهم كما في «الخلاف[١٣]» وأخباره أشهر كما في «التذكرة[١٤]». وقد نسبه في «الدروس[١٥]» إلى ظاهر «المبسوط» والّذي وجدناه في عدّة مواضع منه التصريح به[١٦]. وهو الّذي حكاه عنه جماعة[١٧].

وكيف كان، فالظاهر أنّ القائل به من القدماء خمسة، وستعرف أنّ الصدوقين أكثر

---

(١) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.
(٣) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٠ ـ ١٥٤.
(٤ و٧) كفاية الأحكام: فيما تثبت به الشفعة ج ١ ص ٥٤٠.
(٥ و١٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٥ مسألة ١.
(٦) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٢.
(٨) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٠.
(٩) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٤.
(١٠) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٣.
(١٢ و١٥) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٦.
(١٤) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٦.
(١٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧ و١١١ و١١٨.
(١٧) منهم العلّامة في المختلف: ج ٥ ص ٣٢٥، وابنه في الإيضاح: ج ٢ ص ١٩٧ والشهيد في غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٠.

موافقة لهم، لأنّهما إنّما وافقا أرباب القول الثاني في الحيوان والرقيق كما ستسمع [١].

وأمّا القول بأنّها تثبت في كلّ مبيع منقول أو غيره فهو صريح «المقنعة» في آخر الباب، قال: وكذلك الحكم في جميع العروض [٢] و«النهاية» في أوّل كلامه [٣] و«الاستبصار [٤]» والانتصار [٥] والكافي [٦] والمهذّب [٧] والغنية [٨] والسرائر [٩]» وقيل [١٠]: إنّه خيرة الصدوق في «المقنع» ووالده في «رسالته» وستسمع [١١] ما فيهما. وهو المحكي عن أبي عليّ [١٢]. ونفى عنه البُعد في «الدروس [١٣]». وفي «المهذّب» أنّه أظهر في المذهب [١٤].

وفي «السرائر» أنّه أظهر أقوال أصحابنا وأنّه مذهب السيّد وغيره من المشيخة [١٥]. وقد حكى شيخنا في «الرياض [١٦]» عنها دعوى الإجماع، وجعله (وجعلها ـ خ ل) من سنخ إجماع الانتصار، وليس كذلك قطعاً، لأنّه قال في «السرائر»: الدليل على صحّة ما اخترناه الإجماع من المسلمين على وجوب

(١) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٢) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩.

(٣) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٣.

(٤) الاستبصار: في باب العدد الّذين تثبت بينهم الشفعة ج ٣ ص ١١٨ ذيل ح ٤١٩.

(٥) الانتصار: في الشفعة ص ٤٤٨.

(٦) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.

(٧ و ١٤) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(٨) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٩ و ١٥) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.

(١٠) قاله العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.

(١١) سيأتي في الصفحة الآتية وما بعدها.

(١٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٧.

(١٣) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٦.

(١٦) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٩٩.

الشفعة وعموم الأخبار [1]، انتهى. وهو غير دعواه على ما نحن فيه وإنّما هو استدلال بعموم الأخبار وعموم معقد الإجماع، وإلّا فكيف يقول قبل ذلك: إنّه أظهر أقوال أصحابنا كما هو واضح.

وفي «المسالك [2] والكفاية [3] والمفاتيح [4] والرياض [5]» أنّه مذهب أكثر المتقدّمين وجماعة من المتأخّرين، لكنّا نحن لم نجد ذلك لأحد ممّن تأخّر إلّا ما في الدروس من نفي البُعد عنه.

وفي «الانتصار [6]» الإجماع عليه وأنّه من متفرّداتنا وأنّ الأخبار به كثيرة.

هذا وقد قال في «المختلف» إنّ المفيد في المقنعة لم يصرّح بشيء [7]. ونسب هذا القول في «الدروس [8]» إلى ظاهرها ـ أي المقنعة ـ وكلاهما في غير محلّه كما عرفت [9].

والشيخ في «النهاية» بعد أن صرّح بما حكيناه عنه قال: ولا شفعة فيما لا تصحّ قسمته [10]. وهو يخالف العموم الصريح في كلامه الأوّل.

وقال في «الدروس»: إنّ الصدوقين أثبتاها في الحيوان والرقيق [11]. والموجود في «المقنع» لا شفعة في سفينة ولا طريق ولا حمّام ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم، وهي واجبة في كلّ شيء عدا ذلك من حيوان وأرض ورقيق

---

(١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.
(٢) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦١.
(٣) كفاية الأحكام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١ ص ٥٤٠.
(٤) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.
(٥) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٩٩.
(٦) الانتصار: فيما يثبت فيه حقّ الشفعة ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩.
(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.
(٨ و١١) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول ج ٣ ص ٣٥٥ و٣٥٦.
(٩) تقدّم في الصفحة المتقدّمة.
(١٠) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

وعقار[1]. ولعلّ الظاهر منه إرادة العموم لا قصر الحكم على المذكور. ونحوه ما حكي[2] عن رسالة والده.

وما في «الاستبصار[3]» قد لايكون مذهباً له، لأنّه جمع بين الأخبار، فتأمّل. فقد قلّ القائلون بهذا القول. ولا ترجيح في «التنقيح[4] والمفاتيح[5]».

ونحن نقول: إنّ ما اختاره المتأخّرون هو المختار، لأنّه هو الموافق للأُصول، وأنّ القائل به أكثر، وأنّ أدلّته من الأخبار أشهر وأظهر وأكثر. ونعم ما قال المقدّس الأردبيلي: إنّ الأدلّة من العقل والنقل كتاباً وسنّة وإجماعاً، دلّت على عدم الجواز فيما ينقل وما لا ينقل، خرج ما لا ينقل مطلقاً بالإجماع وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القويّ المفيد لليقين[6]. وأراد بالدليل المفيد لليقين أنّ من الأُصول المقرّرة والضوابط المسلّمة أنّه لايجوز التسلّط على مال المسلم إلّا برضاه وطيب نفسه، مضافاً إلى أنّ الأصل أيضاً براءة ذمّة المشتري من وجوب دفع ما اشتراه إلى الشريك، والأصل إباحة تصرّفه فيه.

وأمّا ما ادّعاه عَلم الهدى ـ من الإجماع على ثبوتها في كل شيء من المبيعات من عقار وضيعة ومتاع وعروض وحيوان كلّ ذلك ممّا يحتمل القسمة أو لا يحتملها، هذا نصّه في معقد إجماعه ـ فموهون بأُمور: الأوّل: إطباق المتأخّرين على خلافه، وقد عرفت[7] أنّه في «الدروس» نسب عدم ثبوتها فيما لا ينقل إلى المتأخّرين، وظاهره أنّهم مجمعون على ذلك، ويشهد له التتبّع. الثاني: أنّه معارض بنسبة الخلاف

---

(١) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٥.

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.

(٣) الاستبصار: في باب العدد الّذين تثبت بينهم الشفعة ج ٣ ص ١١٨ ذيل ح ٤١٩.

(٤) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٠ ـ ٨١.

(٥) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٣.

(٧) تقدّم في ص ٤٠١.

في «الخلاف» إلى أكثر أصحابنا[١]. وبالشهرة المطلقة في «التذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣]» وبقول «كاشف الرموز» في ردّه بأنّا (فإنّا ـ خ ل) لا نتحقّقه مع وجود الخلاف[٤].

ثمّ إنّا رجعنا إلى التتبّع وملاحظة أصحاب الفتاوى ممّن تقدّمه أو عاصره وإلى رواة الأخبار ـ إذ الأقدمون إنّما ينقلون ما استمرّت عليه طريقتهم، واستقامت عليه سيرتهم، يعرفون ذلك من آثارهم وأخبارهم ـ فرأينا أنّ الموافق له من أصحاب الفتاوى أبو عليّ فيما حكي عنه، وليس النقل كالعيان. وأمّا الصدوقان فمخالفان له، لأنّهما لم يثبتاها في السفينة والطريق والحمّام والنهر والثوب، ومعقد إجماعه كما عرفت نصّ صريح في عدم الفرق بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها، فكلّ من قال بعدم ثبوتها فيما لا يقبل القسمة مخالف له. وهو المشهور كما في «التذكرة» كما يأتي[٥] إن شاء الله تعالى ومنهم الشيخ في «النهاية». ثمّ إنّ الشهيد فهم منهما ـ أي الصدوقين ـ قصر الحكم على الحيوان والرقيق، وهذه مخالفة اُخرى إن تمّ ما فهمه. وأمّا المفيد فقد سمعت ما حكاه عنه في المختلف وما حكاه في الدروس.

وأمّا رواة الأخبار فقد روى الكليني وحده أنّ الشفعة لا تكون إلّا في الأرضين والدور فقط[٦]. وروى أيضاً هو[٧] والشيخ في «التهذيب[٨]» في الصحيح أن

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٥ مسألة ١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٤.

(٣) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٣.

(٤) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٥) سيأتي في ص ٤٣٠ أنّ العلّامة في التذكرة ادّعى أنّه مذهب أكثر علمائنا. نعم سيجيء في ص ٤٣٢ نقل دعوى الشهرة منه فيها، إلّا أنّ الّذي يظهر أنّ مراده بالشهرة ما ذكرناه عنه قبل ذلك من دعواه أنّه مذهب أكثر علمائنا، وأمّا الشهرة فإنّه ادّعاها على ثبوتها في المنقولات، فراجع التذكرة: ج ١٢ ص ١٩٤ و٤٠٣.

(٦) الكافي: في الشفعة ج ٥ ص ٢٨١ ح ٨.

(٧) الكافي: في شراء الرقيق ج ٥ ص ٢١٠ ح ٥.

(٨) تهذيب الأحكام: في الشفعة ج ٧ ص ١٦٦ ح ٧٣٥.

لاشفعة في الحيوان. ورواه الشيخ[١] أيضاً وحده موثّقاً، ورواه الصدوق[٢] وحده صحيحاً، وروى الكليني[٣] والشيخ[٤] أن لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق. وزاد في «الفقيه»: «ولا في رحى ولا في حمّام»[٥]. ورووا جميعاً أيضاً بعدّة طرق أنّ الشفعة لاتكون إلّا لشريك لم يقاسم[٦]. وهذا يقضي بأنّها لاتكون إلّا فيما يمكن فيه القسمة. وبذلك يعرف مذهب المشايخ الثلاثة إن كانت رواياتهم تدلّ على آرائهم وتعرف آراء رجال هذه الأخبار، وهم بحذف المتكرّر منهم ما يبلغون عشرين رجلاً تقريباً أو يزيدون، وفيهم مَن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه، وإن لحظت الطرق بحذف المتكرّر زادوا على الثلاثين فيما أحتمل.

فإن قلت: قد روى ثقة الإسلام[٧] والشيخ[٨] عن يونس مرسلاً والصدوق[٩] مرسلاً عن أبي عبدالله عليه السلام عن الشفعة لمن هي؟ وفي أيّ شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحقّ به من غيره، وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحدٍ منهم. وروى الشيخ في صحيحة ابن سنان قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحقّ به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً[١٠]. وقد رواه في «الكافي[١١]» في الحسن والشيخ[١٢] في الصحيح من دون

(١ و٤ و٨ و١٠ و١٢) تهذيب الأحكام: في الشفعة ح ٧٣٣ و٧٣٨ و٧٣٠ و٧٣٤ و٧٣٥ ج ٧ ص ١٦٤ ـ ١٦٦.

(٢ و٥ و٩) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ح ٣٣٨١ و٣٣٧٧ و٣٣٨٠ ج ٣ ص ٨٠ و٧٨ و٧٩.

(٣ و٧) الكافي: في الشفعة ج ٥ ص ٢٨٢ و٢٨١ ح ١١ و٨.

(٦) الكافي: في الشفعة ج ٥ ص ٢٨٠ ـ ٢٨٢ ح ١ و٦ و٧ و١٠، وتهذيب الأحكام: في الشفعة ج ٧ ص ١٦٤ و١٦٦ و١٦٧ ح ٧٢٩ و٧٣٧ و٧٤١، ومن لايحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٧٦ ـ ٧٨ ح ٣٣٧٠ و٣٣٧٢ و٣٣٧٥.

(١١) الكافي: في شراء الرقيق ج ٥ ص ٢١٠ ح ٥.

تفاوت أصلاً لكن مع زيادة: فقيل له: في الحيوان شفعة؟ فقال: لا. وروى نحوه في «الفقيه[1]» مع زيادة: لا شفعة في حيوان إلّا أن يكون الشريك فيه واحداً. مضافاً إلى إطلاق قوله عليه‌السلام في حسنة الغنوي هارون بن حمزة: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها من غيره بالثمن[2]. وقول أميرالمؤمنين عليه‌السلام في خبر السكوني: وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة. وقال: للغائب شفعة[3]. ونحو ذلك خبر البقباق[4] والبصري[5]. فهذه الأخبار في مقابلة تلك الأخبار والرجال في مقابلة الرجال.

قلت: أمّا الاُولى فمع إرسالها وإعضالها في رواية «الفقيه» وقلّة رجالها وعدم موافقة جوابها لتمام سؤالها معارضة بمرسلة الكليني الاُخرى الصريحة وبصحيحة الحلبي وحسنته وموثّقة سليمان بن خالد وعبدالله بن سنان حيث ورد فيها جميعها أن ليس في الحيوان شفعة، فتحمل المرسلة على التقية من أبي حنيفة ومالك كما حكاه عنهما في «الخلاف[6]» وحكي في «التذكرة» عن مالك في إحدى الروايتين ثبوتها في كلّ المنقولات، ولما رواه العامّة كما في «التذكرة» أنّ النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله قال: الشفعة في كلّ شيء[7]. وهو يوافق صدر متن المرسلة. ونقل الشيخ والمصنّف مع شهادة الخبر العامّي يقدّم على نقل السيّد في «الانتصار» من أنّ العامّة مجمعون على أنّها لا تجب إلّا في العقار والأرضين دون العروض والأمتعة والحيوان، على أنّه قال في «الانتصار»: إنّه قد روي عن مالك خاصّة أنّه إذا كان طعام أو برّ بين

---

(١) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٨٠ ح ٣٣٧٨.

(٢ ـ ٤) وسائل الشيعة: ب ٢ و٦ و٣ من أبواب الشفعة ح ١ و٢ و٦ ج ١٧ ص ٣١٦ و٣٢٠ و٣١٧.

(٥) البصري قد يطلق على جمع من الرواة أشهرهم بذلك عبدالرحمن بن أبي عبدالله الّذي هو المراد في المقام، وغير المقام ظاهراً وقد بيّنا ذلك في ج ١٤ ص ٦٣٥ هامش ٣، فراجع.

(٦) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٥ مسألة ١.

(٧) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٥.

شريكين فلشريكه الشفعة[١]، أو بحمل المرسلة على الاستحباب كما يأتي.

وبما عرفته من تحرير القدماء لم تتحقّق شهرة تجبر مرسلتهم لا من التتبّع ولا من إجماع الانتصار ولا من النسبة إلى أكثر المتقدّمين في «المسالك[٢]». نعم الشهرة في القول الآخر معلومة بين المتأخّرين منقولة على الإطلاق كما عرفت[٣]، فتجبر مرسلة الكليني وغيرها إن احتاج. وحمل الشيخ في «الاستبصار» الأخبار النافية لثبوتها في الحيوان على ما إذا كان بين أكثر من شريكين[٤] غير جيّد جدّاً، لأنّه مضافاً إلى بعده وعدم المناسبة، إذ لا شفعة مع الكثرة في الحيوان وغيره لا يتأتى في صحيحتي الحلبي، لأنّه عليه‌السلام نفاها فيهما عن الحيوان مع التقييد قبل ذلك بالواحد، إذ الخبر هكذا: عن أبي عبدالله عليه‌السلام المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحقّ به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً، فقيل له: أفي الحيوان شفعة؟ فقال: لا[٥]. فتأمّل.

وعساك تقول: قد دلّت الأخبار الصحاح ـ ومن جملتها الأخبار الّتي نفتها عن الحيوان ـ على ثبوتها في المملوك وأنّ الشريك أحقّ. قلت: ليس في هذه الأخبار إلّا أنّه أحقّ، وهو ظاهر في الاستحباب دون الحتم والإيجاب، سلّمنا عدم الظهور لكنّه ينزّل عليه جمعاً، ويكفينا في الشاهد على الجمع بين الأخبار مجرّد الإشعار، ويمكن تنزيل المرسلة على ذلك كما تقدّم إن لم نطرحها أو نحملها على التقية، أو نقول: إنّ هذه الصحاح دلّت على نفي الشفعة في الحيوان، فينتفي في غيره لعدم

---

(١) الانتصار: في الشفعة ص ٤٤٨.
(٢) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦١.
(٣) تقدّم في ص ٤٠٤.
(٤) الاستبصار: في العدد الّذين تثبت بينهم الشفعة ج ٣ ص ١١٨ ذيل ح ٨.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الشفعة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٢١.

القائل بالفصل، وقد دلّت على ثبوتها في المملوك ولا قائل بالفصل، فقد تدافعت فوجب إطراحها والرجوع إلى غيرها. ثمّ إنّه يمكن حمل المملوك فيها على المملوك الّذي لم ينقل، كما لعلّه يُفهم من بعض هذه الأخبار، وليس المملوك صريحاً نصّاً في العبد والأمة، فتخصّص هذه الأخبار بما ذكر في ذيلها وفي غيرها بأن ليس في الحيوان شفعة. ثمّ إنّ صحيحتي الحلبي لم يعمل بهما أحد من أصحاب القولين بل ولا غيرهم ولا نقل القائل به من الأصحاب سوى المحقّق في كتابيه[١] والمصنّف في «التحرير[٢]» وقد اعترف الشهيد[٣] ومن تأخّر عنه[٤] بعدم معرفته. نعم عمل بهما المصنّف في «المختلف» كما يأتي[٥] إن شاء الله تعالى.

وأمّا الثانية ـ أعني حسنة الغنوي الّتي استدلّ بإطلاقها في «الرياض[٦]» ـ فهي في حكم المقيّدة، قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحقّ بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها من غيره بالثمن[٧]. فاسم «كان» راجع إلى الجار، ولا نمنع احتمال رجوعه إلى الشفيع المفهوم من الشفعة. وليس لك على الأوّل أن تقول: إنّ خصوص المورد لا يخصّص الوارد، لعدم استقلال الجواب، مضافاً إلى ما ستسمع[٨]، وقد عرفت[٩]

---

(١) شرائع الإسلام: في ما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣، المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٤٩.

(٢) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٧.

(٣) لم نعثر على قول الشهيد بعدم المعرفة.

(٤) والسيّد عليّ في رياض المسائل نسب هذه العبارة إلى جماعةٍ ولم نعثر على قائل بذلك، فراجع رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٢.

(٥) سيأتي في ص ٤٥٦ و٤٥٨ ـ ٤٥٩.

(٦) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٩٩.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.

(٨) سيأتي في ص ٤٢١.

(٩) تقدّم في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٨.

الحال في الأخبار الّتي وردت بأن لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم، فلاوجه لاستدلاله في الرياض بإطلاقها بل لم يذكر في «السرائر[1]» في أدلّة خصمه سواها، على أنّ هذه الإطلاقات جميعها وإطلاق أخبار السكوني والبقباق والبصري لم تكن مسوقة لبيان تعميم الشفعة، وإنّما هي لبيان أحكام اُخر كما هو الظاهر المتبادر لمن لحظها، فلا وجه للاستدلال بها كما حرّر في فنّه. وقد بيّنّاه مراراً في مطاوي هذا الكتاب وأوضحناه في باب الرهن[2].

وقد بان بذلك صحّة ما قلناه في الوجه الثالث في صدر المسألة[3] من أنّ أخبارنا أشهر وأظهر وأكثر، وعليها استمرّت طريقة الناس في معاملاتهم وأنّهم لينكرون ثبوت الشفعة في الثوب والقدر والإبريق والفرس والبعير والحنطة والشعير والملح والتمر والزبيب، فلو أنّ أحداً اليوم ادّعى الشفعة في أمثال هذه لبادروه بالنكير أخذوا ذلك يداً عن يد، وهذا يدلّ على طريقة مستقيمة وسيرة مستمرّة. وما صدر من اُولئك الأجلّاء مخالفاً لذلك فإنّما هو عن غفلة عن ذلك، ولعلّه لم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال للمنصف. وقد وقع لجماعة من الأجلّاء الكبار في المسألة خلل، فبعض في النقل وبعض في الفهم وبعض في الاستدلال، ومن الأخير ما وقع للمصنّف في «المختلف[4]» من الاستدلال للمتأخّرين بمفهوم اللقب في خبر عقبة بن خالد[5].

(١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.
(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٣.
(٣) تقدّم في ص ٤٠٢ ـ ٤٠٧.
(٤) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٨.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.

ولا في البناء والغرس إذا بيعا منفردَين،

قوله: ﴿ولا في البناء والغرس إذا بيعا منفردَين﴾ بناءً على مختاره في المنقول، لأنّهما في حكم ما ينقل وقد كانا في الأصل منقولين وسينقلان وإن طال الزمان.

ويبقى الكلام في المراد بالبناء أهو ما يشمل المسكن أو المراد به غيره كالجدار الواحد وحده كما هو ظاهر «التذكرة[1]» أو صريحها. وبالجملة ما لا يسمّى مسكناً؟ الظاهر من كلام جماعة[2] الأوّل، وبه صرّح المحقّق الثاني فيما يأتي والشهيد الثاني. وقال في «المسالك»: المسكن اسم للمجموع المركّب من الأرض والبناء[3]. قلت: لو كان كذلك ما استشكل جماعة كما يأتي[4] قريباً في ثبوت الشفعة في الغرفة المشتركة في السقف والجدران والسقف الّذي هو أرضها وسقف قبّة اُخرى لغيرهما. وبالجملة: حيث لا شركة بينهما في أرض السفل، بل جزموا بالعدم، إذ لا أرض هنا، ولا اختار بعضهم ثبوت الشفعة في ذلك مع ما يرونه من اتّفاق القائل بعدم ثبوتها في المنقول على عدم ثبوتها فيما إذا بيع البناء وحده وتصريحهم[5] بأنّ الشفعة لا تثبت فيه إلّا تابعاً، ولكن لك أن تقول: لو كانت الأرض غير داخلة في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٦ و١٩٧.

(٢) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٦، والشهيد في الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٥، والسيّد عليّ في رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠١.

(٣) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٤.

(٤) سيأتي في ص ٤١٦.

(٥) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٤، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: في الشفعة ج ١٢ ص ١٩٧.

ولو بيعا منضمَّين إلى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً.

مفهوم المسكن بل يصدق ولو كانت أرضه سقف غرفة لما استشكلوا أيضاً في الغرفة المذكورة بل جزموا بالثبوت ولا حَكم بعضهم بالعدم. والّذي ينبغي أن يقال: إنّ المساكن عطفت في النصّ على الأرضين، قال عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن[1]. ولابدّ في عطف الخاصّ على العامّ من نكتة، ولم تتّضح لنا هنا ولا حاجة بنا إلى تجشّمها، إذ أهل العرف واللغة لا يرتابون في صدق المسكن حقيقة على هذه الغرفة ونحوها، فيتعيّن أن يراد بالبناء هنا ما في التذكرة، ويكون العطف في الخبر من باب عطف العامّ على الخاصّ من وجه.

قوله: ﴿ولو بيعا منضمَّين إلى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً﴾ بلاخلاف كما في موضعين من «المبسوط[2]» وظاهره نفيه بين المسلمين. ونحن أيضاً لم نجد فيه لنا خلافاً، بل وجدنا عباراتهم[3] مصرّحة بذلك. وقد يظهر الإجماع من «الشرائع[4] والمسالك[5] والكفاية[6]» حيث قيل فيها: تثبت فيهما تبعاً للأرض ولو أفردا بالبيع نزّل على القولين، فظاهرها أنّه لاخلاف حيث تضمّان، لكنّه لا وجه حينئذٍ لقوله في «الكفاية»: الظاهر ثبوتها حيث تضمّ.

والوجه في ذلك قبل الإجماع دخولهما في عموم النصّ الوارد في المساكن

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧ و ١١٩.
(٣) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في الشفعة ج ٤ ص ٥٥٧، والشهيد في الدروس الشرعية: في الشفعة ج ٣ ص ٣٥٥، وابن سعيد في الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.
(٤) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.
(٥) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٤.
(٦) كفاية الأحكام: في ما تثبت فيه الشفعة ج ١ ص ٥٤١.

وفي دخول الدولاب نظرٌ، ينشأ من جريان العادة بعدم نقله،

والدور[١]. قال في «التذكرة[٢]» وتبعه المحقّق الثاني[٣] والشهيد الثاني[٤]: الأوّل يتناول الأبنية، والثاني يتناول الجدران والسقوف والأبواب، وفي بعض أخبار العامّة[٥] لفظ «الربع» وهو يتناول الأبنية. قلت: في تناول المساكن لمطلق الأبنية حتّى الحائط الواحد وحده منع واضح.

وأمّا الغرس فلاقائل بالفرق بينه وبين البنيان إذا ضمّ إلى الأرض، وإنّما تتحقّق التبعيّة إذا بيعت الأشجار والبناء مع الأرض الّتي هي فيها لا فيما إذا بيعت مع أرض اُخرى كما نصّ عليه جماعة[٦]، لأنّ النصّ لا يتناول ذلك ولا تبعية فيه أصلاً.

وفي «التذكرة[٧]» أنّ المزرعة إذا انقسمت ولم ينقسم بئرها أنّ الأقوى ثبوت الشفعة في البئر، لأنّها تابعة كالأشجار. وفي «جامع المقاصد[٨]» أنّه موضع نظر. وفيه نظر يعرف ممّا يأتي في الدولاب ونحوه.

قوله: ﴿**وفي دخول الدولاب نظرٌ، ينشأ من جريان العادة بعدم نقله**﴾ ومن أنّه منقول في نفسه، ولذلك تردّد في «الشرائع[٩] والكفاية[١٠]» والأصحّ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.
(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٧ و٢٠٧.
(٣ و٨) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٤ و٣٤٥.
(٤) مسالك الأفهام: فيما تثبت به الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٤.
(٥) سنن أبي داود: في الشفعة ج ٣ ص ٢٨٥ ح ٣٥١٣.
(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٤، والكركي في جامع المقاصد: في الشفعة ج٦ ص٣٤٥، والسبزواري في كفاية الأحكام: في الشفعة ج ١ ص٥٤١.
(٩) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.
(١٠) كفاية الأحكام: فيما تثبت به الشفعة ج ١ ص ٥٤١.

ولا تدخل الحبال الّتي تركّب عليها الدلاء،

الدخول كما هو خيرة «التحرير[١] والإيضاح[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» لتناول اسم الدار والحمّام والبستان له إذا كان من جملة المرافق كتناولها للأبواب المثبتة عادةً مع قبولها للنقل عادة. وهذا خلاف ما ذكر في وجه النظر، إذ فيه نظر. وفي «التذكرة[٦]» أنّ الأقرب عدم الدخول. وموضع التردّد والخلاف ما إذا بيع مع الأرض كما هو المفروض في «الشرائع» وما ذكر بعدها، وأمّا إذا بيع وحده فلا بحث ولا إشكال في عدم ثبوت الشفعة فيه بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل كما في «جامع المقاصد والمسالك» وقد توهم عبارة «الإيضاح» خلاف ذلك.

وفي معنى الدولاب الناعورة كما نبّه عليه في «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١]».

قوله: ﴿ولا تدخل الحبال الّتي تركّب عليها الدلاء﴾ كما في «الشرائع[١٢]» وغيرها[١٣]. وفي «مجمع البرهان[١٤]» يمكن عدم الخلاف فيه، لأنّها

(١ و٩) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.

(٢) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول ج ٣ ص ٣٥٦.

(٤ و١٠) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٥.

(٥ و١١) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٨.

(٦ و٨ و١٣) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٨.

(٧ و١٢) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.

(١٤) ظاهر عبارة المجمع يدلّ على دخول النخل والشجر والبناء في الأرض، وما ادّعى فيه من عدم الخلاف هو عدم الخلاف في دخول المذكورات في البيع ولا دلالة فيها في دخول الدولاب ولا في الحبال الّتي تركّب عليها الدلاء ولا في عدم دخولها فإنّها خالية عن النفي والإثبات بالنسبة إلى ذلك، فإنّه بعد أن ذكر عبارة الشرح وهي قوله «وتثبت في النخل والشجر والبناء تبعاً للأرض» قال: ثبوتها في المذكورات تبعاً للأرض الّتي هي فيها غير بعيد ←

ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض.

منقولة حقيقة كما هو ظاهر بناء على عدم الثبوت فيما ينقل.

قوله: ﴿ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض﴾ كما في «الخلاف[1] وفقه الراوندي[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والدروس[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10] والكفاية[11]» وفي «المسالك[12]» أنّه أشهر. قلت: المخالف إنّما هو الشيخ في «المبسوط» قال: تثبت في الزرع والثمار إذا دخلت في المبيع بالشرط[13]. وبه قال أبو حنيفة

← لحكم العرف بالتبعية فإنّها كالجزء وداخلة في البستان. ثمّ قال: وكذا الدور والربع في رواية العامّة ويمكن عدم الخلاف فيه أيضاً، انتهى. راجع مجمع الفائدة والبرهان: ج ٩ ص ١٥ ـ ١٦. فإنّ غاية ما تفيد هذه العبارة هو أنّ ما يعدّ في العرف جزءاً من البستان يدخل في البيع فيشمله حكم الشفعة، وأمّا ما لا يعدّ جزءاً فهل هو داخل حتّى يشمله حكمها أو ليس بداخل؟ فهي ساكتة عن الإشعار به فضلاً عن بيانه، اللّهمّ إلّا أن يدّعى دلالتها بالمفهوم، ولكن في دلالة مثل هذا التركيب على المفهوم تردّد بل منع، فإنّ دلالته عليه أضعف من دلالة اللقب عليه فراجع، وتأمّل.

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٦ مسألة ٢.

(٢) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.

(٣) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٧.

(٥) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.

(٦) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٤.

(٧) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٦.

(٨) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٥.

(٩ و ١٢) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٨ و ٢٦٩.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٦.

(١١) كفاية الأحكام: فيما تثبت به الشفعة ج ١ ص ٥٤١.

(١٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨ ـ ١١٩.

واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقفٍ لصاحب السفل، فإنّه لا ثبات لها، إذ لا أرض لها،

ومالك[١]. ونظر الأصحاب إلى الأصل وأنّها صارت في حكم المنقول، إذ لا يراد دوامها، لأنّ لها أمداً معيّناً ينتظر، وأنّها لا تدخل في مفهوم البستان ونحوه. ومن ثمّ لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها.

وفي معناها الزرع كما صرّح به في «الخلاف[٢] وفقه الراوندي[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» وغيرها[٨].

قوله: ﴿واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقفٍ لصاحب السفل، فإنّه لا ثبات لها، إذ لا أرض لها﴾ كما في «التذكرة[٩] والتحرير[١٠] وجامع المقاصد[١١]» ومعناه أنّه لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفل المختصّ به لم يثبت في الغرفة شفعة لو كانت مشتركة وباع أحد الشريكين حصّته، لانتفاء التبعية المقتضية لثبوت الشفعة. وكذا لو انتفى السقف عنهما. ويظهر من «الدروس» التوقّف حيث قال: لا شفعة فيها عند الفاضل[١٢]، ولعلّه لحظ أنّها ثابتة عادةً، وأنّ المساكن في النصّ يتناولها مع وجود العلّة، وهو في محلّه.

---

(١) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٦٤.
(٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٦ مسألة ٢.
(٣) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.
(٤ و٩) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٧ و٢٠١.
(٥ و١٠) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨ و٥٥٧.
(٦ و١١) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٥ و٣٤٦.
(٧) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٨.
(٨) كما في كفاية الأحكام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١ ص ٥٤١.
(١٢) الدروس الشرعية: في أنّه هل يثبت الشفعة في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٥.

ولو كان السقف لهما فإشكالٌ، من حيث إنّه في الهواء فليس بثابت.

قوله: ﴿ولو كان السقف لهما فإشكالٌ، من حيث إنّه في الهواء فليس بثابت﴾ أي ومن عدم النقل عادةً. ولا ترجيح أيضاً في «التحرير[١] والدروس[٢]». واعترض في «الدروس» على تعليل المصنّف فقال: لو علّل بأنّ آلات البناء إنّما تثبت فيها الشفعة تبعاً للأرض ولا أرض هنا كان أوجه[٣]. وفي «التذكرة» الأقرب أن لا شفعة[٤]. وفي «الإيضاح» أنّ الأولى ثبوت الشفعة[٥]. قلت: لعلّه كذلك لثبوته عادة، ولأنّه مسكن مع وجود العلّة، وقد عطفت المساكن في النصّ على الأرضين كما تقدّم بيانه[٦]. وهذا هو الّذي نبّهنا عليه فيما سلف. ومنه يعرف الحال فيما قال في «جامع المقاصد»: إنّ الأصحّ عدم الثبوت، وإنّ الاستناد إلى عدم النقل عادةً ليس بشيء، لأنّ آلات البناء منقولة في الأصل وصائرة إلى النقل، والشفعة إنّما تثبت فيها تبعاً للأرض ولا أرض هنا، انتهى[٧].

ومراد المصنّف أنّ السقف الّذي هو أرض الغرفة مشترك بينهما مع جدرانها وسقفها من دون اشتراكهما في أرض السفل.

---

(١) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٧.

(٢ و٣) الدروس الشرعية: في أنّه هل تثبت الشفعة في المنقول ج ٣ ص ٣٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠١.

(٥) عبارة الإيضاح حسب النسخة المطبوعة الموجودة لدينا هو عدم ثبوت الشفعة، وهذا هو المناسب لسَوق الكلام في المتن والشرح، فإنّه بعد أن ذكر عبارة والده المصنّف رحمهما الله تعالى وهي: من حيث إنّه في الهواء فليس بثابت قال: ومن ثبوته عادة والأولى عدم ثبوت الشفعة، انتهى راجع الإيضاح: ج ٢ ص ١٩٨. ولو كان رأيه ثبوت الشفعة لكان المناسب أن يقول: وهذا هو الأولى، أو الأصحّ، وحيث إنّ النسخة الّتي كانت لدى الشارح خاليةٌ عن لفظ العدم فأخذ في بيان وجه الثبوت وردّ على الكركي في قوله بالعدم، فراجع وتأمّل.

(٦) تقدّم في ص ٤١٢.

(٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٦.

واحترزنا بالمشترك عن غيره، فلا يثبت بالجوار،

[في اشتراط كون المال مشتركاً]

قوله: ﴿واحترزنا بالمشترك عن غيره، فلا يثبت بالجوار﴾ إجماعاً كما في «الخلاف[١] والغنية[٢] والسرائر[٣]» وظاهر «التنقيح» كما يظهر من كلامه في المسألة الآتية[٤]. وفي «المسالك» أنّه مذهب الأصحاب إلّا العماني[٥]. وفي «المفاتيح» لا خلاف فيه منّا[٦]، فلم يعدّه مخالفاً كالثلاثة الاُول. وفي «الدروس[٧]» وغيره[٨] أنّ خلاف العماني شاذّ. وهذا يجري مجرى دعوى الإجماع. وتنطبق على ذلك بالأولوية الإجماعات المحكية على نفي الشفعة فيما قسّم، مضافاً إلى الأصل واختصاص الأخبار[٩] المخصّصة له بما فيه الشركة، مع فحاوى النصوص الدالّة على نفي الشفعة فيما قسّم.

وقال العماني فيما حكي عنه: لا شفعة لجارٍ مع الخليط[١٠]. وهو يقضي بثبوتها للجار، لكنّ الخليط مقدّم عليه. وهو مذهب أبي حنيفة[١١] وجماعة من العامّة[١٢] مستندين إلى ما رووه عنه صلى الله عليه وآله: أنّ الجار أحقّ بالشفعة[١٣].

وأجاب عنه ابن زهرة وابن إدريس بأنّ في ذلك إضماراً، وإذا أضمروا أنّه

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ص ٤٢٩ مسألة ٣. (٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٣.
(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.
(٤) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦.
(٥) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.
(٦) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.
(٧) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٧.
(٨) كرياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١١.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٢ ـ ٥ من أبواب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٦ ـ ٣١٩.
(١٠) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٠.
(١١ و١٢ و١٣) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٦١.

ولا فيما قسّم وميّز،

أحقّ بالأخذ بالشفعة أضمرنا أنّه أحقّ بالعرض عليه. قلت: إضمارهم أوجه من وجوه. وأجابا أيضاً بأنّ المراد بالجار في الخبر الشريك، لأنّه خرج على سبب يقتضي ذلك، لأنّه روى عمر بن الشريد عن أبيه قال: بعت حقّاً من أرض لي فيها شريك فقال شريكي: أنا أحقّ بها، فرفع ذلك إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال صلى الله عليه وآله: الجار أحقّ بسقبه[1]. وأجابا أيضاً بأنّ الزوجة تسمّى جارة لمشاركتها للزوج في العقد، قال الأعشى: أيا جارتي بيني فإنّك طالقه[2].

وهي تسمّى بذلك عقيب العقد، وتسمّى به وإن كانت بالمشرق والزوج بالمغرب، فليس لأحد أن يقول: إنّما سمّيت بذلك لأنّها قريبة مجاورة، قالا: فقد صار اسم الجار يقع على الشريك لغةً وشرعاً[3]. وكأنّ الخبر عندهم معتبر، وإلّا لما اختلفوا به. ويرشد إلى ذلك أنّه في «التذكرة[4]» طعن في سند خبر ابن سمرة به وما طعن في سنده. وفي «المهذّب» أنّ للجار حقّاً وحرمةً وليس له شفعة[5].

[في اشتراط عدم كون الملك مقسّماً أو مميّزاً]

قوله: ﴿ولا فيما قسّم وميّز﴾ هذا أيضاً ممّا أجمع عليه الأصحاب لم يخالف فيه إلّا ابن أبي عقيل كما في «التنقيح[6]» ومذهب الأصحاب إلّا العماني كما

---

(١) سنن النسائي: ج ٧ ص ٣٢٠.
(٢) ديوان الأعشى: ١٢٢، وعجز البيت: كذاك أُمور الناس غادٍ وطارقه.
(٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٣ والسرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٠٩.
(٥) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٣.
(٦) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٦.

في «المسالك[1]» وقد اقتصر جماعة[2] على نسبة الخلاف إلى العماني، والظاهر أنّ إجماعي «الخلاف[3] والسرائر[4]» يتناولانه بل قيل[5]: إنّهما نصّان في ذلك. ولعلّه لأنّ المسألتين من سنخٍ واحد كما في «الإيضاح[6]» وقد صرّح بالحكم المذكور في «المقنع[7] والمقنعة[8] والنهاية[9] والخلاف[10] والمبسوط[11] والكافي[12] والمراسم[13] والمهذّب[14] وفقه القرآن» للراوندي[15] و«الوسيلة[16] والغنية[17] والسرائر[18] والشرائع[19] والنافع[20]» وكتب المصنّف[21] وكتب الشهيدين[22] وسائر من تأخّر

(١) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٢) منهم الكاشاني في مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦، وفخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٩، والسيّد علي في رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٢.

(٣ و ١٠) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٩ و ٤٤١ مسألة ٣ و ١٦.

(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٥) القائل هو السيّد الطباطبائي في الرياض: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٩.

(٧) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٥.

(٨) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.

(٩) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧.

(١٢) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(١٣) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(١٤) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(١٥) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٨.

(١٦) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.

(١٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(١٨) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٠.

(١٩) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٢٠) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(٢١) منها تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩، وإرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥، وتذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٠٩، ومختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٠، وتبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨، وتلخيص المرام: في الشفعة ص ١٧٣.

(٢٢) منها الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٧، واللمعة ←

إلى «الرياض[1]» وفيه وفي «الكفاية[2]» أنّه أشهر. وفي «المختلف[3]» أنّه المشهور، وكلاهما في غير محلّه. ومستند الأصحاب قبل الإجماع ما تظافر من الأخبار، ففي الصحيح على الصحيح في العبيدي وإبراهيم: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما»[4] وفي القويّ المعتبر بالسكوني والنوفلي: «لاشفعة إلّا لشريك غير مقاسم»[5] ومثله خبر البصري[6]. وفي خبرين: «الشفعة لاتكون إلّا لشريك»[7] وفي خبر آخر: «الشفعة لكلّ شريك لم تقاسمه»[8] وقد سمعت[9] في مسألة الشفعة في المنقولات حسنة الغنوي وفي الخبر: «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»[10] وفي الخبر المرويّ في الكتب الثلاثة: «إذا أُرّفت الأُرف وحدّت الحدود فلا شفعة»[11] والأُرفة ـ بالضمّ جمعه أُرف كغرفة وغرف ـ الحدّ بين الأرضين. وأُرّفت على الأرض تأريفاً جعلت لها حدّاً وقسّمت، كذا في «القاموس[12]». فهذه الأخبار قد

ـــــــــــــــــــ

← الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩، وغاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٥ ـ ١٥٦، ومسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٩، والروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨، وحاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الشفعة ج ٢ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

(١) منها مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٨، ومفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦، وجامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٧، وكفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢، ورياض المسائل: في الشفعة ج ١٢ ص ٣١٢.

(٢) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢.

(٣) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٠.

(٤ و٥ و٧ و٨ و١٠) وسائل الشيعة: ب ٧ و٣ و١ من أبواب الشفعة ح ١ ـ ٤ ج ١٧ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ و٣١٥ ـ ٣١٧.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الشفعة ح ٦ ج ١٧ ص ٣١٧، وقد تقدّم في ص ٤٠٦ هامش ٨ أنّه هو خبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله وقد تقدّم في ج ١٤ ص ٦٣٥ ما يتعلّق بذلك، فراجع.

(٩) تقدّمت في ص ٤٠٩.

(١١) الكافي: في الشفعة ج ٥ ص ٢٨٠ ح ٥، وتهذيب الأحكام: في الشفعة ج ٧ ص ١٦٤ ح ٧٢٧، ومن لايحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٧٧ ح ٣٣٧٢.

(١٢) القاموس المحيط: ج ٣ ص ١١٧.

إلّا مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمّهما البيع.

تعاضدت واعتضدت بالأصل والإجماعات، وخلاف ابن أبي عقيل شاذّ.

قوله: ﴿إلّا مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمّهما البيع﴾ كما في «المقنعة[1] والنهاية[2] والمبسوط[3] والكافي[4] والمراسم[5] وفقه الراوندي[6] والغنية[7] والسرائر[8] والشرائع[9] والنافع[10] والتذكرة[11] والتحرير[12] والإرشاد[13] والتبصرة[14] وشرح الإرشاد» للفخر[15] و«الدروس[16] واللمعة[17] وجامع المقاصد[18] وتعليق الإرشاد[19] والمسالك[20] والروضة[21]

---

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦٢٠.

(٢) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧.

(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(٥) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٦) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.

(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.

(٨) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٩) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.

(١٠) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٠٩.

(١٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩.

(١٣) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

(١٤) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(١٥) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الشفعة ص ٥٢ س ٢١ ـ ٢٢.

(١٦) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٧.

(١٧) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.

(١٨) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٤٧.

(١٩) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الشفعة ص ٤٢٧.

(٢٠) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٩.

(٢١) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨.

ومجمع البرهان[١] والكفاية[٢] والمفاتيح[٣] والرياض[٤]» وفي الأخيرين أنّه لا خلاف فيه. وهو كذلك إلّا ما لعلّه قد يظهر من «المقنع[٥] والخلاف[٦] والمهذّب[٧] والوسيلة[٨]» من الاقتصار على الشركة في الطريق. وفي «الخلاف[٩]» الإجماع عليه. ولعلّهم إنّما تركوا الشرب لعدم التعرّض في الأخبار إلّا للطريق، لكنّ الإجماع معلوم على إلحاق الشرب والنهر والساقية به (بها ـ خ ل)، ولعلّه لأنّ المناط منقّح، إذ لا فرق في ذلك بين الدار والبستان وبين الطريق والنهر.

والدليل على الاستثناء المذكور حسنة منصور بن حازم بإبراهيم قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة[١٠]. وقريب منه ما حكي[١١] عن «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه‌السلام» وقد استدلّ على ذلك في «التذكرة[١٢]» بحسنة منصور بن حازم الأُخرى بالكاهلي، وقد وسمت بالصحّة[١٣]

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٨.
(٢) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢.
(٣) مفاتيح الشرائع: في بيع المشفوع وغيره صفقة ج ٣ ص ٧٧ ـ ٧٨.
(٤) رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٣ و٣١٤.
(٥) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٦.
(٦) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٧ مسألة ٣.
(٧) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٤.
(٨) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(٩) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٩ مسألة ٣.
(١٠) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٨.
(١١) حكاه عنه السيّد عليّ في رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٣.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢١٠.
(١٣) ولعلّ الحسن للخبر من جهة الكاهلي عبدالله بن يحيى فإنّه لم ير له توثيق أو تصحيح، ولكنّ المدح الصادر عن أبي الحسن عليه‌السلام صريحاً وتوصيته لعليّ بن يقطين بأنّه إن ضمن له الكاهلي وعياله يضمن له الجنّة، وكذا غيره يدلّ أنّه ثقة لا سيّما التصريح له بأنّه من شيعته ولعلّ هذا هو العلّة في تصديق الشارح اتصاف خبره هذا بالصحّة، فتأمّل.

في «التذكرة والمختلف[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» ولعلّه في محلّه كما عليه بعض[4] متأخّري المتأخّرين، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام دار بين قوم اقتسموها فأخذ كلّ واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرّهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: نعم ولكن يسدّ بابه ويفتح باباً إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسدّ بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنّهم أحقّ به، وإلّا فهو طريقه يجيء حتّى يجلس على ذلك الباب[5]. ونحوه الموثّق[6]. ولا تعرّض فيهما لبيع الدار مع الممرّ كما هو محلّ البحث، بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق فقط.

وهذه أخبار الباب وإطلاقها يقضي بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار وما في معناها مقسومة بعد أن كانت مشتركة أو منفردة من أصلها، بل قال في «المسالك»: إنّ الثانية صريحة في عدم الاشتراك[7]. وليس كذلك. وبعدم الفرق صرّح في «التذكرة[8] والمسالك[9] والروضة[10] والكفاية[11] والرياض[12]» وهو ظاهر «المقنع[13] والنهاية[14] والمبسوط[15] والخلاف[16]

---

(١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٥.

(٢) جامع المقاصد: في الشفعة ج ٦ ص ٣٤٨.

(٣ و٧ و٩) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٧٠ و٢٧١.

(٤) كما في مفاتيح الشرائع: في بيع المشفوع وغيره صفقة ج ٣ ص ٧٨.

(٥ و٦) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الشفعة ح ٢ و٣ ج ١٧ ص ٣١٨ و٣١٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢١٢.

(١٠) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨.

(١١) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢.

(١٢) رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٤.

(١٣) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٦.

(١٤) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(١٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧.

(١٦) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٢٨ مسألة ٣.

والمهذّب[١] وفقه الراوندي[٢] والغنية[٣] والسرائر[٤] والتبصرة[٥] والمفاتيح[٦]».

نعم، قد فرض الحكم في الأرض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في «الوسيلة[٧] والشرائع[٨] والنافع[٩] والتحرير[١٠]» في موضع منه و«الإرشاد[١١] والمختلف[١٢] والدروس[١٣] واللمعة[١٤]» كالكتاب. والمحقّق الثاني استظهر من بعض هذه اعتبار حصول الشركة في الأصل وخلط معها بعض تلك، وقال: إنّه الّذي يقتضيه صحيح النظر، واحتجّ له بأنّ ضمّ غير المشفوع إلى المشفوع لايوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتّفاقاً، والمبيع الّذي لاشركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلّقات الشفعة، إذ لو بيع وحده لا تثبت فيه شفعة بحال، فإذا ضمّ إلى المشترك وجب أن يكون كذلك، وبعموم قوله عليه السلام: «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم»[١٥] ولاشريك هنا لا في الحال ولا في الأصل، وبرواية أبي العبّاس[١٦]: «الشفعة لاتكون إلّا لشريك» قال: وفي معناها روايات[١٧] البصري وهارون

(١) المهذّب البارع: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٤.

(٢) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.

(٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.

(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٥) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(٦) مفاتيح الشرائع: في بيع المشفوع وغيره صفقة ج ٣ ص ٧٧ ـ ٧٨.

(٧) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.

(٨) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.

(٩) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(١٠) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.

(١١) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

(١٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢.

(١٣) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٧.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.

(١٥ ـ ١٧) تقدّم ما يتعلّق بالبصري في ص ٤٢١، وكذا تقدّم خبر هارون في تلك الصفحة وص ٤٠٧ و ٤٠٩. وكذا تقدّم خبر عبدالله بن سنان في ص ٤٠٧. و تقدّم خبر السكوني في ص ٤٠٧ أيضاً وقد كرّر ذكره.

وعبدالله بن سنان والسكوني. وقال: كلّ هذه حجّة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك إذا كان الطريق مشتركاً[1].

وأنت خبير بأنّ رواياته بعد الغضّ عن سندها عامّة وروايات منصور خاصّة فيجمع بينهما بالتخصيص، فكانت هذه الصورة بذلك مستثناة من اشتراط الشركة بالنصّ والإجماع، على أنّ مدلول روايته اعتبار الشركة بالفعل، وهي منتفية مع القسمة. ولو أُريد منها ما يعمّ السابقة لزم ثبوتها في المقسوم وإن لم يكن له شركة في الطريق، إلّا أن تقول: خرج هذا الفرد بالإجماع، لكنّا نقول: إنّ هذا الشقّ يستحيل إرادته من الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيّدها وبناء استدلاله عليه.

وليعلم أنّه لو كانت الشركة في الجدار أو السقف أو غيرهما من الحقوق فلا شفعة عملاً بالأصل، ولو كانت الشركة في البئر بين البستانين فوجهان أوجههما العدم.

هذا وليس في الروايات تعرّض لكون الطريق ممّا يقبل القسمة، وقد شرط ذلك في «الشرائع[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4] والروضة[5]» وكذلك «المسالك[6]» إذا بيعت منفردة. وفي «جامع المقاصد» أنّه لاريب فيه[7]. قلت: لأنّه يشترط ذلك في كلّ مشفوع على المشهور. وأمّا إذا بيع منضمّاً إلى الشقص المقسوم ففي عبارة «الدروس» ما يقتضي الاشتراط حيث قال: ولا مع القسمة إلّا مع الاشتراك في الطريق والنهر اللّذين يقبلان القسمة على الخلاف[8]. وفيه مع مخالفته للإطلاق أنّ قبول القسمة شرط للمجموع لا لأبعاضه، وأنّ هذه القسمة كلا قسمة. وفي

(١ و٤ و٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢ و٣٤٩.

(٢) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٠٩ و٢١٢.

(٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٩.

(٦) مسالك الأفهام: في ما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٨) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٧.

«الكفاية[1] والرياض[2]» أنّ الأقوى عدم اعتباره مطلقاً. وهو خلاف المشهور وصريح بعض النصوص كما يأتي[3].

هذا وقد قال في «التذكرة» الأقرب عندي أنّ الطريق إن كان ممّا يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصّة بالبائع صفقة فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصّة إن شاء وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصّة، بل إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك[4].

وقال في «جامع المقاصد»: يرد عليه أنّ المجموع إمّا أن يكون متعلّق الشفعة أو لا، فإن كان الأوّل وجب أن يأخذ المجموع أو يترك، وليس له تبعّض الصفقة، وإن كان الثاني لم يثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه، إلّا إذا كان واسعاً قابلاً للقسمة، فما ذكره غير واضح، انتهى[5]. قلت: هذا منه بناءً على المشهور المعروف بينهم من أنّه ليس للشفيع أخذ البعض وترك البعض، بل إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك، ولنا فيه تأمّل، لأنّ هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتاباً ولادليل عليه يصحّ الاستناد إليه كما يأتي[6]. ثمّ إنّه لعلّ القائل به لايقول به في مثل هذه الصورة الّتي جاءت شفعة الدار فيها تبعاً. نعم إذا لم يكن لمشتري الدار طريق آخر ولا أمكن قسمته ولا اتّخاذه إلّا بعسر ومشقّة منعناه من ذلك، لأنّها شرّعت لدفع الضرر كما نبّه عليه في خبر عقبة، والضرر لا يزال بالضرر، وإلّا فلا لعدم الضرر. ولعلّه أراد ذلك بقوله: وإن لم يمكن قسمته إلى آخره، فتدبّر.

---

(١) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢.
(٢) رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٤.
(٣) سيأتي في ص ٤٣١ ـ ٤٣٦.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢.
(٥) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.
(٦) سيأتي في ص ٥٤٦ ـ ٥٤٨.

واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمّام وبئر الماء والأماكن الضيّقة وما أشبهها ممّا لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها، وهو إبطال المنفعة المقصودة منها، فلا شفعة فيها على رأي.

ويبقى الكلام فيما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين ومجازها مشترك بين ثلاثة ففي ثبوت الشفعة وعدمها وجهان من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف، وقد بنوا على ذلك في الباب أحكاماً كثيرة وأنّها على خلاف الأصل فلا تثبت الشفعة، ومن حصول الضرر بالقسمة الّذي هو الأصل في ثبوت الشفعة، وهو محلّ وفاق بين الخاصّة والعامّة إلّا من المرتضى[1]. وبه صرّح خبر عقبة[2] وقولهم عليهم السلام: «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم»[3] فتثبت. ولم أجد لأصحابنا تصريحاً بذلك. والمسألة محلّ توقّف، لكنّا إن لم نقل بها ذهبت الشفعة آخر الدهر في الدور الّتي في الطريق المرفوع مع أنّه هو الغالب، ولهم أن يلتزموه ولا حجر في ذلك.

[حكم الشفعة فيما لا يقبل القسمة]

قوله: ﴿واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمّام وبئر الماء والأماكن الضيّقة وما أشبهها ممّا لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها، وهو إبطال المنفعة المقصودة منها، فلا شفعة فيها على رأي﴾ اشتراط قبوله القسمة خيرة «النهاية[4] والخلاف[5]

---

(١) الانتصار: فيما يثبت فيه حقّ الشفعة ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.

(٣) تقدّم في ص ٤٢١.

(٤) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(٥) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤١ مسألة ١٦.

والمبسوط[١] والمراسم[٢] والمهذّب[٣] والوسيلة[٤] والشرائع[٥] والنافع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والتبصرة[١٠] والمختلف[١١] والإيضاح[١٢] وغاية المراد[١٣] والمقتصر[١٤] والتنقيح[١٥] وجامع المقاصد[١٦] والروضة[١٧]» وهو الظاهر من «كشف الرموز[١٨] وشرح الإرشاد» لولد المصنّف[١٩] و«المهذّب البارع[٢٠]» ونفى عنه البُعد في «مجمع البرهان[٢١]» وهو المحكي[٢٢] عن عليّ بن بابويه وعبارة ولده في «المقنع» كالمحكيّ من عبارته، وقد سمعتها[٢٣] فيما سلف، فيكون مذهباً له أيضاً.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٩.
(٢) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(٣) المهذّب البارع: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.
(٤) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(٥) شرائع الإسلام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ٣ ص ٢٥٢.
(٦) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٤٩.
(٧) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٣.
(٨) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.
(٩) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(١٠) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(١١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٢.
(١٢) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٨ ـ ١٩٩.
(١٣) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.
(١٤) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦.
(١٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٢.
(١٦) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٣.
(١٧) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨. (١٨) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.
(١٩) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الشفعة ص ٥٢ س ١٩ ـ ٢٠.
(٢٠) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٤.
(٢١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٦ و١٧.
(٢٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٢.
(٢٣) تقدّم في ص ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

وقد نسبه إليه في «المهذّب البارع[١]» وعليه المتأخّرون كما في «الدروس[٢]» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[٣]» ومذهب أكثر علمائنا كما في «التذكرة[٤]» والمشهور كما في «مجمع البرهان[٥]» وخصوصاً بين المتأخّرين كما في «المسالك[٦]» وأكثر المتأخّرين كما في «جامع المقاصد[٧]».

ومع ذلك قال في «الحدائق»: إنّ هذا الشرط ذكره جملة من المتأخّرين كالعلّامة في الإرشاد وأنكر عليه في التذكرة نسبته إلى أكثر علمائنا، وقال: إنّ شهرة المتأخّرين إنّما وقعت بعد العلّامة[٨]. قلت: ما ندري عن أيّها تغضي، فإن كان تتبّع فهو الكذب المحض، وإن لم يكن تتبّع ففرية أُخرى قول بلا علم.

والمخالف السيّدان المرتضى[٩] وأبو المكارم[١٠] وابن إدريس[١١] وأبو عليّ

---

(١) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٤.

(٢) لم نجد في الدروس نسبة القول المذكور إلى المتأخّرين وإنّما نسبه كالقول الآخر أيضاً إلى الشهرة حيث قال: ثمّ اختلفوا في إمكان القسمة على قولين مشهورين، فعلى اشتراطه فلا شفعة فيما لايمكن قسمته، انتهى. راجع الدروس: ج ٣ ص ٣٥٦. ومن هذه العبارة يظهر أنّ القول باشتراط قبوله القسمة وعدم اشتراطه كليهما مشهوران. هذا ولكن في نسبة الشهرة إلى كلا القولين مسامحة يبعدعن ساحة مثل الشهيد فإنّ الشهرة إنّما هي بمعنى أنّ القول المنسوب إليها هو المذكور والمتّبع بين الأصحاب والقول الآخر غير مذكور وغير متّبع إلّا عند النادر أو غير مذكور، وأمّا أن يكون كلاهما متّبعين ومذكورين على لسان جلّ الأصحاب فهذا غير معقول. اللّهمّ إلّا أن يريد بها الشهرة في الرواية الّتي هي مدرك كلٍّ من القولين، فتأمّل.

(٣) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٣.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٦.

(٦) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٥.

(٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٣.

(٨) الحدائق الناضرة: في شروط الشفعة ج ٢٠ ص ٣٠٦.

(٩) الانتصار: فيما يثبت فيه حقّ الشفعة ص ٤٤٨.

(١٠) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(١١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩ و ٣٩٠.

والقاضي فيما حكي عنهما[١]. ولعلّه للقاضي في «الكامل» فكان له قولان. ولاسادس لهم فيما أجد إلّا ما حكاه في «الإيضاح[٢]» عن المفيد، ولعلّه فهمه من قوله: «كلّ مبتاع» أو من قوله «بثبوتها في العروض» ومع ذلك نسبه في «المفاتيح» إلى السيّد والحلّي وأكثر المتقدّمين واختاره[٣]. وكأنّه قال به أو مال إليه في «المسالك[٤]» وقد عرفت[٥] حال إجماع الانتصار الّذي تقدّم في المنقولات. وما في «الدروس» من أنّ القولين مشهوران[٦]، لا يريد به المعنى المعروف، بل الظاهر أنّ مراده أنّهما معروفان، ولا ترجيح فيه ولا في «الكفاية[٧]».

دليل المشهور الأصل خرج المنقسم بالإجماع وبعض الأخبار وبقي غيره تحته، مع عدم دليل صريح صحيح على العموم.

وقال في «الرياض»: إنّ الأصل مقطوع بعموم الإجماع المنقول والخبر المنجبر بالعمل[٨]. وأراد إجماع الانتصار ومرسلة يونس، وقد عرفت الحال فيهما[٩]. وقد تقدّم[١٠] أنّه أرسل في «الكافي» أنّ الشفعة لاتكون إلّا في الأرضين والدور فقط فهو ظاهر في نفيها عن الحمّام والطاحونة وغيرهما لمكان الحصر ومقابلة الأرضين

(١) حكاه العلّامة عن ابن الجنيد في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٢، وحكاه فخرالمحقّقين عن القاضي في إيضاح الفوائد: في الشفعة ج ٢ ص ١٩٩.

(٢) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٩.

(٣) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.

(٤) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٦.

(٥) تقدّم في ص ٤٠٣.

(٦) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٦.

(٧) كفاية الأحكام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١ ص ٥٤١.

(٨) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٥.

(٩) تقدّم إجماع الانتصار في ص ٤٠٣ ومرسل يونس في ص ٤٠٦.

(١٠) تقدّم في ص ٤٠٥.

بالدور، فيراد بها الأراضي البيضاء والّتي ليس فيها بناء كالبساتين، والضعف منجبر بشهرة «التذكرة[١] ومجمع البرهان[٢]» وإطباق المتأخّرين عليه كما سمعته[٣] عن «الدروس» بل هو منهم محصل معلوم، مضافاً إلى ما في «التنقيح[٤]» من ظهور دعوى الإجماع عليه، مضافاً لما يفهم من الأخبار الأُخر ممّا وصف فيها الشريك بأنّه غير مقاسم. وقد روى في «الكافي» بسنده عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق[٥]. وزاد في «الفقيه»: ولا رحى ولا حمّام[٦]. وليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمة إجماعاً، فلم يبق إلّا أن يراد الضيّقات، فيكون الباقي كذلك، إذ لا قائل بالفصل، والضعف منجبر بما عرفت. وقد احتمل في «الرياض» حملهما على التقية[٧] تبعاً «للمفاتيح[٨]» مع أنّ القائل هنا بمقالة المرتضى أبو حنيفة وأصحابه وابن سريج والثوري ومالك في إحدى الروايتين عنه[٩]. وبعض هؤلاء هم الّذين يتّقي منهم الصادق عليه السلام، ثمّ إنّه بناءً على ذلك لا وجه للاقتصار فيهما على الأمور المذكورة وقال أيضاً[١٠] تبعاً «للمفاتيح» أن لا دلالة فيهما أصلاً[١١]، وقد عرفت وجه الدلالة فيهما.

واستدلّ في «الخلاف[١٢]» وغيره[١٣] بما رواه العامّة عن جابر أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله

---

(١) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ١٩٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٣.
(٣) تقدّم في ص ٤٠٠ و٤٠٣.
(٤) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨١.
(٥) الكافي: في الشفعة ج ٥ ص ٢٨٢ ح ١١.
(٦) من لا يحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٧٨ ح ٣٣٧٧.
(٧ و١٠) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٥.
(٨ و١١) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.
(٩) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦.
(١٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤١ مسألة ١٦.
(١٣) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٥.

قال: إنّما جعلت الشفعة فيما لم يقسّم[١]. ووجه الدلالة أنّ «إنّما» تفيد الحصر، والشفعة معرفة بلام الجنس وإنّ «لم» لا تدخل إلّا على ما يمكن قسمته ويصحّ اتّصافه بالقسمة ولو وقتاً، لأنّها تفيد نفي الماضي، ولهذا يصحّ أن يقال: السيف لا يقسّم، ولا يقال: لم يقسّم، فالنفي بمعنى عدم الملكة لا بمعنى السلب. وفي أخبارنا ما يشير إلى ذلك كقول أحدهما عليهما السلام في مرسل جميل: الشفعة لكلّ شريك لم تقاسمه[٢]. وقولهم عليهم السلام في عدّة أخبار: الشفعة لا تكون إلّا لشريك لم تقاسمه[٣]. فكانت الحجّة عليه واضحة كما عرفت، بل في إجماع المتأخّرين وحده بلاغ.

وقال في «الرياض»: إنّ الحجّة على هذا القول غير واضحة عدا ما في التنقيح من وجوه ضعيفة، منها: أنّ غرض الشارع بالشفعة إزالة ضرر المالك بالقسمة لو أرادها المشتري، وهذا الضرر منتفٍ فيما لا يقسّم، فلا شفعة فيه. وقال: إنّه في غاية من الضعف، أمّا أوّلاً: فلعدم ورود النصّ بهذه العلّة، نعم ربما يستفاد من بعض الروايات السابقة كون العلّة في ثبوت الشفعة نفي الضرر والإضرار في الشريعة، لكنّ متعلّق الضرر فيه غير معلوم، ويحتمل ما ذكره وغيره من نفس الشركة الجديدة أو سوء الشريك، ولعلّ هذا أظهر، ولذا استدلّ بعض الأصحاب وفاقاً للمرتضى على ثبوت الشفعة في المسألة بالضرر فقال: إنّ المقتضي لثبوت الشفعة ــ وهو إزالة الضرر عن الشريك ــ قائم في غير المقسوم، بل هو أقوى، لأنّ المقسوم يمكن التخلّص فيه من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره. قال: واُجيب بأنّه ليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكروه، بل إزالة ضرر طلب القسمة ومؤنتها، وهو منتفٍ في محلّ النزاع. ولا يخفى عليك ضعف هذا الجواب، وأيّ مؤنة وضرر بذلك تقابل ضرر الشريك الّذي لا وسيلة إلى التخلّص منه، وهو في غاية الجودة. وأمّا

---

(١) سنن أبي داود: في الشفعة ج ٣ ص ٢٨٥ ح ٣٥١٤.

(٢ و٣) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الشفعة ح ٣ و٦ و٧ ج ١٧ ص ٣١٧ و٣١٨.

ثانياً: فلضعف التعليل من وجهٍ آخر وهو أنّ الشفعة إنّما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري، فلابدّ أن يكون الضرر الّذي تناط به الشفعة في ظاهر النصّ وكلام الأصحاب ناشئٌ من جهته، وضرر طلب المشتري القسمة ليس ضرراً ناشئاً منه لسبقه على الانتقال وثبوته للشريك على كلّ حال، فضرر طلب القسمة لازم على كلّ تقدير، بل هو من لوازم الشركة فيما يقبل القسمة، فلا يمكن أن يكون مثله الضرر الّذي تناط به الشفعة، وهذا من أقوى الشواهد على تعيّن ما استظهرنا من متعلّق الضرر في الرواية [1]، انتهى.

قلت: قد عرفت أنّا في غنية عن هذا الدليل، مع أنّه أيضاً دليل، إذ نظر من استدلّ به كالمصنّف في «التذكرة [2]» والشهيد في «غاية المراد [3]» وأبي العبّاس [4] والمقداد [5] والمحقّق الثاني [6] إنّما هو إلى خبر عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله: بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن. وقال: لا ضرر ولا ضرار [7] وقد رواه المحمّدون الثلاثة [8] وزاد «الفقيه»: «إذا أُرّفت الأُرف وحدّت الحدود فلا شفعة» وهذه علّة مومى إليها وظاهر ما قبلها وصريح ما بعدها

(١) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٤.
(٣) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٥٥.
(٤) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.
(٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٢.
(٦) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٤.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.
(٨) لم يرو الصدوق فقط الخبر المروي عن عقبة بن خالد مع الزيادة بل رواه الكليني والطوسي أيضاً مع تلك الزيادة وإنّما الفقيه روى الزيادة خبراً مستقلاً من دون إضافة صدره المروي في الكافي والتهذيب بنحو الاستقلال، فراجع الكافي: ج ٥ ص ٢٨٠ ح ٤، والتهذيب: ج ٧ ص ١٦٤ ح ٧٢٧، والفقيه الطبعة القديمة بدار الكتب الإسلامية ج ٣ ص ٤٥ والجديدة في مؤسّسة النشر الإسلامي ج ٣ ص ٧٦ ـ ٧٧.

أنّ متعلّق الضرر إنّما هو القسمة.

وبيانه: أنّه قد اتّفق الخاصّة والعامّة على الظاهر أنّ علّة ثبوت الشفعة الضرر، ولم نجد الخلاف إلّا من السيّد في «الانتصار[1]» فإنّه جزم ببطلان هذه العلّة. وقد يلوح من ابن زهرة[2] وابن إدريس[3] موافقته على ذلك، لكنّ العامّة اختلفوا في متعلّقه حيث لم يكن عندهم في ذلك خبر أهو الشركة أو القسمة؟ وأصحّهما عندهم أنّه الثاني كما ذكره في «التذكرة[4]» ولم يقل أحد بأنّ متعلّقه سوء الشريك، ولعلّه لأنّه يقضي بأنّها حكمة لا علّة، لعدم اطّرادها حينئذٍ، بل يكفي اتّفاق المسلمين على عدمه. فما استظهره شيخنا في «الرياض[5]» من أنّه أحد الأمرين ـ أعني الشركة الجديدة وسوء الشريك ـ قد خالف فيه في الثاني جميع المسلمين وفي الأوّل أصحابنا قاطبة، لأنّهم بين نافٍ للعلّة أو مثبت لها، وأنّها خوف القسمة، فالقول بالعلّة وأنّها الشركة الجديدة لا قائل به.

وكيف كان، فكلّ من الشركة والقسمة حاصل قبل البيع، وأخبارنا[6] صرّحت بالثاني، لأنّ مَن رغب من الشريكين في البيع كان حقّ عليه أن يعرض البيع على شريكه ليأمن من ضرر القسمة من بذل مؤنتها والحاجة إلى إفراز الحصّة الصائرة إليه خصوصاً فيما إذا كان المقسوم ذا مرافق ليس عراصاً خالية، ووقعت المرافق في حصّة المشتري، فإنّه حينئذٍ يحتاج الشريك إليها جميعها. فلمّا لم يعلمه ولم يعرض عليه البيع جعل له الشارع سلطاناً على أخذه، فكان هذا الضرر هو الأصل في

(١) الانتصار: فيما يثبت فيه حقّ الشفعة ص ٤٤٩.

(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٤.

(٥) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٤.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٦.

الباب. وقد كانا قبل ذلك متواطئين على عدم القسمة ولو وقتاً مّا. فقد جاءت الشركة لهما من تقصير البائع مقرونة بخوف طلب القسمة، ولا كذلك ما لا يقسم، بل يمكن حينئذٍ أن يقال: إنّ هذا الضرر نشأ من نفس الانتقال، سلّمنا لكنّ في الخبر الظاهر أو الصريح في ذلك ـ كما فهمه منه الشهيد[1] والجماعة[2] بل كلّ مَن قال: باشتراط قبول القسمة ـ أكمل بلاغ، وقد عرفت أنّ العامّة العمي اهتدوا إلى ذلك حتّى جعلوه الصحيح عندهم، ومع ذلك كلّه جاء صاحب «المسالك[3]» ومَن وافقه[4] يناقشون في ذلك. وأمّا عَلم الهدى وأبو المكارم وابن إدريس فلهم أن يعرضوا عن ذلك بناءً على أصلهم، لأن كان خبراً واحداً، مضافاً إلى أنّه غير صحيح، بل قد عرفت أنّ السيّد ينكر العلّة من أصلها وينكر أيضاً منصوص العلّة في أُصوله.

وفي «الروضة» أنّ في حكم الضيّق قلّة النصيب بحيث يتضرّر صاحب القليل بالقسمة[5]. وهو كالمتدافع، وقد أخذه من «التذكرة» قال: ولو كان لاثنين دار ضيّقة لأحدهما عشرها، فإن قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فأيّهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة، وإن حكمنا بمنعها فإن باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة، لأنّه آمن من أن يطلب مشتريه القسمة، لانتفاء فائدته فيها، ولو طلب لم يجب[6]، فقد فرض المسألة في الضيّق مع قلّة النصيب، ولا كذلك ما في الروضة، فليتأمّل.

وقول المصنّف: لحصول الضرر بها، دليل على أنّها لا تقسّم ليتحقّق كونها من

---

(١) الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت في المنقول؟ ج ٣ ص ٣٥٦.

(٢) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٢، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الشفعة ج ٢٠ ص ٢٨٩ و٢٩٢، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٤.

(٣) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦.

(٤) كمفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.

(٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٦.

فلو انتفى الضرر بقسمة الحمّام ثبتت الشفعة.

محلّ النزاع، وهو تمهيد لقوله «وهو إبطال المنفعة المقصودة منه» أي وإن بقيت فيه منافع اُخر. وهذا أحد التفاسير الثلاثة لحصول الضرر بالقسمة، وقد حكيناه في باب القضاء[١] عن يحيى بن سعيد والمحقّق الثاني وشفعة «التذكرة» وهو خيرة «التحرير[٢]» هذا. والثاني: أن تنقص القسمة قيمة المقسوم نقصاً فاحشاً، وقد حكيناه في باب القضاء[٣] أيضاً عن شفعة «التذكرة» وعن «الدروس ومجمع البرهان» وعليه ينزّل ما في «الشرائع[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] والمختلف[٧] والإيضاح[٨]» من أنّه ما ينقص القيمة، أو يخصّ هذا بالضرر المانع من الإجبار وذاك بالمانع من القسمة. والثالث: أنّه المبطل لمنفعة المال أصلاً، وهو خيرة «الخلاف[٩] والشرائع[١٠]» في المنع من الإجبار و«المبسوط[١١] والسرائر[١٢]» في المنع من القسمة. وهذه الأقوال في بيان تحقيقه، واحتمل إحالته إلى العرف في «مجمع البرهان[١٣]».

قوله: ﴿فلو انتفى الضرر بقسمة الحمّام ثبتت الشفعة﴾ كما هو ظاهر.

(١ و٣) يأتي في باب القضاء ج ١٠ ص ١٩٢ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٢) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.

(٤) شرائع الإسلام: القضاء في لواحق من أحكام القسمة ج ٤ ص ١٠١.

(٥) تحرير الأحكام: القضاء في كيفية القسمة ج ٥ ص ٢١٩.

(٦) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

(٧) مختلف الشيعة: القضاء في القاسم ج ٨ ص ٤٣١ و٤٣٢.

(٨) إيضاح الفوائد: القضاء في متعلّق القسمة ج ٤ ص ٣٧٢.

(٩) الخلاف: القضاء في القسمة وأحكامها ج ٦ ص ٢٢٩ مسألة ٢٧.

(١٠) شرائع الإسلام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.

(١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٩ ـ ١٢٠. (١٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٠.

(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٧.

وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلّم البئر لأحدهما

وعليه نصّ في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] وجامع المقاصد[٥]» وغيرها[٦]. وذلك كما إذا كان الحمّام كثير البيوت يمكن جعله حمّامين أو متّسع البيوت يمكن جعل كلّ بيت بيتين. وكذا لو كانت البئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فتجعل بئرين لكلّ واحدة بياض كما نصّ عليه في «المبسوط[٧]» وغيره[٨].

قوله: ﴿وكذا لو كان مع البئر بياض أرضٍ بحيث تسلّم البئر لأحدهما﴾ كما في «المبسوط[٩] والشرائع[١٠] والتحرير[١١] والدروس» كما ستسمع كلامه. وهذا يتّجه على تفسير «المبسوط[١٢] والشرائع[١٣]» الضرر بخروج المقسوم عن حدّ الانتفاع، وأنّه لا يشترط فيما يصير لكلّ واحدٍ منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الّذي كان ينتفع به قبل القسمة، كما إذا كانت الأرض في المثال معدّة للزراعة وماؤها من ذلك البئر، فإنّها حينئذٍ لا ينتفع بها من الوجه الّذي كان ينتفع قبل القسمة لكنّها ينتفع بها بغير الزراعة من وجهٍ آخر. ولا يتمّ على تفسير «الكتاب والتحرير[١٤]» إلّا بتقدير عدم احتياج الأرض المجعولة قسيمة للبئر إليه في الزراعة بأن تكون تسقى بالمطر أو بماءٍ آخر غيره، إلّا أن تقول: إنّ حكمهم في المثال منزّل على هذا التقدير. وقد بنى هذا المثال في «التذكرة» على

(١ و٧ و٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٩ و١٢٠.
(٢ و١٠ و١٣) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦.
(٤ و١١ و١٤) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.
(٥) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٥.
(٦ و٨) كمسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٧.
(١٢) المبسوط: القضاء في القسمة ج ٨ ص ١٣٥.

أو كان في الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كلٌّ منهما بحجرين،

تفسير الشرائع قال: إنّه مبنيّ على أنّه لا يشترط فيما يصير لكلّ واحدٍ منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الّذي كان ينتفع به قبل القسمة[1].

وقال في «الدروس»: لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها وأمكن أن تسلّم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض تثبت الشفعة. قيل: وكذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازناً لما فيه الرحى. ويلزم منه أنّه لو اشتملت الأرض على حمّام أو بيت ضيّقين وأمكن سلامة الحمّام أو البيت لأحدهما أن تثبت، وعندي فيه نظر، للشكّ في وجوب قسمة ما هذا شأنه، انتهى[2]. وقد فهم منه في «جامع المقاصد» أنّه أشار بالقيل إلى ما في التذكرة، فقال: لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور[3]. قلت: لعلّه أشار إلى ما في «التحرير». نعم يرد عليه سؤال الفرق بين مسألة البئر وغيرها حيث جزم بها وتردّد في غيرها، إلّا أن تقول بتنزيل مسألة البئر على ذلك التقدير. وفيه ـ مع أنّه خلاف الظاهر ـ: أنّ بناء الضرر عنده على النقصان الفاحش، ثمّ إنّ تعديل الأرض مع البئر إن كان ممكناً موجباً للقسمة فكذلك الحال مع الرحى والحمّام وغيرهما.

قوله: ﴿أو كان في الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كلٌّ منهما بحجرين﴾ كما نصّ عليه في «المبسوط[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7]» ووجهه ظاهر.

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٥ و٢٠٦.

(٢) الدروس الشرعية: في حكم الشفعة في البئر ج ٣ ص ٣٥٧.

(٣) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٦.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢١. (٦) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.

(٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٥.

أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة.
ولو ضمّ المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني

قوله: ﴿أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والكفاية[6]».

[فيما لو ضمّ ما فيه الشفعة إلى ما لا شفعة فيه]

قوله: ﴿ولو ضمّ المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني﴾ إجماعاً كما في «جامع المقاصد[7] والمفاتيح[8]» وقد نسبه في «التذكرة[9]» إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه. وقد يظهر من «المسالك» حيث اقتصر في نسبة الخلاف على بعض العامّة، لوجود المقتضي في أحدهما دون الآخر وإن كان البيع واحداً، لصدقه على كلّ واحدٍ بانفراده. ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعة وعدمه[10]. ولم يخالف في ذلك سوى مالك[11]، إلّا إذا كان غير المشفوع طريقاً أو شرباً كما تقدّم[12].

ولا يثبت للمشتري في المسألة الخيار لتبعّض الصفقة، لأنّه هو الّذي أدخله على نفسه إلّا إذا كان جاهلاً.

---

(١) شرائع الإسلام: فيما تثبت به الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٦.
(٣) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٨.
(٤ و٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٥ و٣٥٧.
(٥ و١٠) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٦٧ و٢٦٩ و٢٧٣.
(٦) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤١.
(٨) مفاتيح الشرائع: في حكم من باع المشفوع وغيره صفقة ج ٣ ص ٧٧.
(٩) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٣.
(١١) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٠٨.
(١٢) تقدّم في ص ٤٢٢ ـ ٤٢٨.

بنسبة قيمته من الثمن. وإنّما تثبت لو انتقلت الحصّة بالبيع، فلو وهب الشقص بعوضٍ أو جعله صداقاً أو عوضاً عن صلحٍ أو غير ذلك لم تثبت الشفعة.

قوله: ﴿بنسبة قيمته من الثمن﴾ أي تثبت الشفعة من الثمن بنسبة قيمة المشفوع إلى مجموع القيمتين بأن تنسب قيمة المشفوع منفرداً إلى قيمة المجموع، فإذا قيل قيمة المجموع مائة وقيمة المشفوع ثمانون أخذه الشفيع بأربعة أخماس الثمن.

[في أنّ الشفعة إنما تثبت بالبيع]

قوله: ﴿وإنّما تثبت لو انتقلت الحصّة بالبيع، فلو وهب الشقص بعوضٍ أو جعله صداقاً أو عوضاً عن صلحٍ أو غير ذلك لم تثبت الشفعة﴾ إجماعاً كما في «السرائر[1] والتذكرة[2] وجامع المقاصد[3] ومجمع البرهان[4]» وهو مجمع عليه اليوم كما في «التنقيح[5]» وهو المشهور بل كاد يكون إجماعاً كما في «المسالك[6]» وقول ابن الجنيد شاذّ كما في «الدروس[7]» وفي «المختلف[8] والكفاية[9]» أنّه المشهور.

---

(١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٢.
(٣) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٨.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٢.
(٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٤.
(٦) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٧٣.
(٧) الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت لأكثر من شريكين؟ ج ٣ ص ٣٥٨.
(٨) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٩.
(٩) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٢.

وقال في «المبسوط»: إذا تزوّج امرأة وأصدقها شقصاً، فإنّه لا يستحقّ الشفيع عليها الشفعة لإجماع الفرقة وأخبارهم [١]. ويدلّ عليه أيضاً الأصل بمعانيه الثلاثة، فالمثبت هو المحتاج للدليل. ولا تعارضه العمومات، لأنّك إذا حملت مطلقها على مقيّدها وافقته. قال الصادق عليه السلام: في حسنة الغنوي: «الشفعة في البيوع» [٢] فإنّه يدلّ بمفهومه لمكان تعريف الشفعة باللام على نفيه في غيرها كما قالوه [٣] في قولهم عليهم السلام: «الخيار في الحيوان للمشتري» [٤] وفرق بينه وبين قولنا الشريك له الشفعة فإنّه إنّما يدلّ بمفهوم الوصف كما إذا قلنا: المشتري له الخيار. ونفاها الباقر عليه السلام في صحيحة أبي بصير عن المنقول بالصداق قال عليه السلام: «لا شفعة لأحد من الشركاء عليها» [٥] ومناقشة المقداد فيه باحتمال كون نفي الشفعة لكثرة الشركاء [٦] لا للإصداق ليست في محلّها، لأنّ أكثر أخبار الباب وردت بلفظ الجمع كما سمعت فيما سلف [٧] وسيأتي [٨] إن شاء الله تعالى. وقال الصادق عليه السلام: في مرسلة يونس: «الشفعة جائزة في كلّ شيء، إذا كان الشيء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره» [٩] فهو إمّا مفهوم شرط أو قيد رتّب الحكم عليه،

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.

(٣) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الخيارات ج ٤ ص ٢٩١، والسبزواري في كفاية الأحكام: في الخيار ج ١ ص ٤٦٣، والشهيد الأوّل في اللمعة: في الخيار ص ١٢٧، والشهيد الثاني في المسالك: في الخيار ج ٣ ص ١٩٩.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الخيار ح ١ و٢ و٤ و٥ و٨ و٩ ج ١٢ ص ٣٤٨ ـ ٣٥٠.

(٥) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢٥.

(٦) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٤.

(٧) تقدّم في ص ٤٢٣ ـ ٤٢٨.

(٨) سيأتي في ص ٥٧٢ ـ ٥٧٧.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢١.

ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي.

فما في «المسالك[١]» وكذا «المفاتيح[٢]» من أنّه ليس عليه دليل صريح غير صحيح، وقد مال إلى قول أبي عليّ[٣] أن خصّها بالمعاوضات المحضة في الأوّل وقوّاه في الثاني، لأنّ أخذ الموهوب مثلاً بغير عوض بعيد وبه خارج عن مقتضى الأخذ وكذلك غير الهبة، وقد نسبا إليه ثبوتها في الجميع. وفيه: أوّلاً أنّ نقلهما عنه غير صحيح، لأنّ المحكيّ من عبارته في «المختلف» إنّما هو ثبوتها في الهبة بعوض وغيره[٤]، وهو الّذي حكاه عنه الشهيد في «الدروس[٥]» والمحقّق الثاني[٦] وغيرهما[٧]. وثانياً أنّ ذلك مبنيّ على العلّة المومى إليها في خبر عقبة، لكنّها لا جابر لها في خصوص المسألة، إذ قد عرفت[٨] أنّ الخبر غير صحيح، سلّمنا وما كان ليكون لكنّها لا تقوى على معارضة ما قدّمنا.

[حكم الشفعة للشريك الموقوف عليه]

قوله: ﴿ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي﴾ عليه المتأخّرون كما في «الدروس[٩] وجامع المقاصد[١٠]

---

(١) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.
(٢) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.
(٣ و ٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٩.
(٥ و ٩) الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت لأكثر من شريكين؟ ج ٣ ص ٣٥٨.
(٦ و ١٠) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٨ و ٣٥٩.
(٧) كالحدائق الناضرة: في شروط الشفعة ج ٢٠ ص ٢٩٨.
(٨) تقدّم في ص ٤٣٤ ـ ٤٣٦.

والمسالك[١] والمفاتيح[٢]» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[٣]» وهو خيرة «السرائر[٤] والتحرير[٥] والتبصرة[٦] والمختلف[٧] والإيضاح[٨] وجامع المقاصد[٩]» وهو المستفاد من كلام «التذكرة» من تعريفهم الشفيع كما يأتي[١٠] بأنّه كلّ شريك بحصّة مشاعة قادر على الثمن. وفي «المقتصر[١١] والمسالك[١٢] والمفاتيح[١٣]» أنّه حسن. ولا يخفى عليك ما في «الدروس[١٤]» من نسبته إلى ابن إدريس والمتأخّرين، لأنّ المتقدّم عليه من أصحاب الفتاوى غير ابن إدريس إنّما هو المصنّف وولده فيما نجد.

وقال في «المبسوط»: إذا كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً فبيع الطلق لم يستحقّ أهل الوقف الشفعة بلا خلاف[١٥]. وظاهره نفيه بين المسلمين. وهو خيرة «الشرائع[١٦] والنافع[١٧] والدروس[١٨] والرياض[١٩]» قالوا: لم يكن للموقوف عليه

(١ و١٢) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٧٦.

(٢) مفاتيح الشرائع: فيما لو كان بعض المشفوع وقفاً ج ٣ ص ٧٨.

(٣) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٥.

(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٥) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩ و٥٦٨.

(٦) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٣.

(٨) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ١٩٩.

(٩) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٨.

(١٠) سيأتي في ص ٤٥٤.

(١١) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٦.

(١٣) مفاتيح الشرائع: فيما لو كان بعض المشفوع وقفاً ج ٣ ص ٧٨.

(١٤ و١٨) الدروس الشرعية: في بحث أنّ الشفعة هل تثبت لأكثر من شريكين؟ ج ٣ ص ٣٥٨.

(١٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٥.

(١٦) شرائع الإسلام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.

(١٧) المختصر النافع: فيما تثبت فيه الشفعة ص ٢٤٩.

(١٩) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٨.

شفعة ولو كان واحداً، فقد نصّوا على العدم مع الوحدة. وأثبتها في «الانتصار» للموقوف عليه مطلقاً، قال: لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف الّتي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد ومصالح المسلمين، وكذلك كلّ ناظر بحقّ من وصيّ ووليّ، وادّعى على ذلك كلّه الإجماع، وقال أيضاً: إنّه من متفرّداتنا وإنّ باقي الفقهاء مخالفون لنا[1]. وحكي[2] عن التقيّ الموافقة له، ولم نجده له في «الكافي». وقال في «السرائر»: الأكثرون على خلافه[3]. ولا ترجيح في «الكفاية[4]».

حجّة المتأخّرين أنّه شريك مالك مقاسم، لأنّ الموقوف عليه المنحصر مالك على المشهور، بل ما وجدنا فيه مخالفاً، فقد وجد المقتضي واندرج تحت قولهم عليهم السلام في عدّة أخبار[5]: «الشفعة لا تكون إلّا لشريك لم يقاسم» ونحوه ممّا هو بمعناه، فاندفع جميع ما في «الرياض[6]». ولا مانع إلّا كونه محجوراً عليه من التصرّف، وذلك لا ينافي كونه مالكاً مقاسماً. ومن ثمّ ثبتت لغيره ممّن هو محجور عليه في التصرّف، فلا يضرّ نقص الملك لمكان الحجر بالتصرّف كما في «الدروس[7]».

والبحث على تقدير الانحصار وإن انتشر بعد ذلك كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحو ذلك، والمراد انحصاره بالأصل فلا يكفي اتّحاده بالعارض كما لو وقف على فقهاء البلد أو بني فلان فاتّفق انحصارهم ذلك الوقت في واحد، فإنّه لا شفعة، لأنّ الأصحّ عدم انتقال الملك إلى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداء.

---

(١) الانتصار: في شفعة الوقوف ص ٤٥٧.

(٢) حكاه عنه ابن فهد الحلّي في المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٦.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٤) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٣.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٦.

(٦) رياض المسائل: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٣٠٩.

(٧) الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت لأكثر من شريكين؟ ج ٣ ص ٣٥٩.

والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع، فلو باع بخيارٍ تثبت الشفعة اشترك أو اختصّ بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع حينئذٍ.

وبذلك يعلم حال ما في «الشرائع[1]» من أنّه ليس مالكاً للرقبة على الخصوص. وإجماع الانتصار موهون بحكاية الشيخ عدم الخلاف على خلافه. وإطلاق الشيخ موهون بإطباق المتأخّرين على خلافه. وإطلاق الأخبار المتناول لما عليه المتأخّرون وليس نادراً، لإطباقهم على الظاهر على كون المنحصر مالكاً. ولم يبق إلّا شيء واحد وهو أن يقال: إنّ الملك لا يفرز عن الوقف، ونحن لا نقول به.

هذا، وأمّا في صورة العكس كما إذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصحّ فإنّها تثبت لصاحب الطلق قطعاً كما في «الدروس[2]» وبلا إشكال كما في «المسالك[3]» وقد نصّ عليه في «التحرير[4] وجامع المقاصد[5]» أيضاً، لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

[حكم الشفعة في البيع غير اللازم]

قوله: ﴿والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع، فلو باع بخيارٍ تثبت الشفعة اشترك أو اختصّ بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع حينئذٍ﴾
أمّا عدم اشتراط اللزوم وأنّه لا فرق بين أن يشترك الخيار أو يختصّ فهو خيرة

---

(١) شرائع الإسلام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ٣ ص ٢٥٤.
(٢) الدروس الشرعية: في أنّ الشفعة هل تثبت لأكثر من شريكين؟ ج ٣ ص ٣٥٩.
(٣) مسالك الأفهام: فيما تثبت فيه الشفعة ج ١٢ ص ٢٧٤.
(٤) تحرير الأحكام: في محلّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩.
(٥) جامع المقاصد: في محلّ وكيفية أخذ الشفعة ج ٦ ص ٣٥٩.

«السرائر[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والإرشاد[٤] والمختلف[٥] والكتاب» فيما يأتي[٦] أيضاً و«الإيضاح[٧] واللمعة[٨] وجامع المقاصد[٩]» في موضعين منه و«المسالك[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢] والكفاية[١٣] والمفاتيح[١٤]» لكنّه في «الإرشاد[١٥]» جعل الأخذ بعد انقضاء زمن الخيار لعدم الفائدة قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبله لعدم استقرار ملكه، والظاهر أنّه لا يريد اللزوم، لأنّه لا مانع منه قبله، فيكون غرضه الإرشاد وبيان عدم الفائدة. وهو الّذي فهمه منه المقدّس الأردبيلي على الظاهر. وبه صرّح في الفصل الثالث في «جامع المقاصد[١٦]» وقد جعله الشهيد الثاني[١٧] قولاً على حِدة، ولعلّه لم يصادف محلّه. نعم يرد عليه أنّ الفائدة تظهر في النماء وغيره.

واختير في «الخلاف[١٨] والمبسوط[١٩] والمهذّب[٢٠] والغنية[٢١]» أن لا شفعة في

---

(١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.
(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢١٧.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠.
(٦) سيأتي في ص ٥٣٣.
(٧) إيضاح الفوائد: في محلّ الشفعة ج ٢ ص ٢٠٠.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.
(٩ و١٦) جامع المقاصد: في محلّ وكيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٥٩ و٣٩٦.
(١٠ و١٧) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨.
(١١) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠١.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٧.
(١٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٥.
(١٤) مفاتيح الشرائع: الشفعة في استحقاق الأخذ ج ٣ ص ٨٠.
(١٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(١٨) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٥ مسألة ٢١.
(١٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.
(٢٠) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.
(٢١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

البيع الّذي فيه الخيار للبائع أو لهما، لأنّ الملك لم يزل عن البائع، قالوا: أمّا ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأنّ الملك قد انتقل للمشتري وزال عن البائع. وهو المحكيّ[1] عن أبي عليّ. وقال في «التحرير» أوّلاً: في قول الشيخ قوّة من حيث إنّ في الأخذ إسقاط حقّ البائع، ثمّ قال بعد ذلك: إنا في ذلك من المتوقّفين[2]. ولا ترجيح أيضاً في «الدروس[3]».

حجّة «السرائر[4]» وما وافقها أنّ المقتضي وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود لمكان عموم النصّ من دون تبادر اللازم، والخيار غير صالح للمانعية، لأنّ التزلزل لم يثبت كونه مؤثّراً. وقد يقال[5]: إنّ المانع سقوط حقّ البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حقّ الشفيع، فإنّ ظاهر السرائر الّتي هي الأصل في الخلاف سقوط خيار البائع كما فهمه منها الشهيد[6] والمحقّق الثاني[7]. فيكون أيضاً ظاهر «الشرائع[8]» وقد سمعت ما في «التحرير» بل قال في «الدروس»: لا أعلم قائلاً بأنّ أخذ الشفيع يقع مراعى[9] بمعنى أنّ فسخ البائع بطل البيع والشفعة وإن لم يفسخ حتّى خرجت المدة ثبت البيع والشفعة معاً. قلت: مراده قبل المصنّف وولده لأنّه قد نسب قبل ذلك إلى المصنّف. وكيف كان فهو خيرة «الكتاب والتذكرة[10]» وجميع ما ذكر بعدها آنفاً[11].

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٦٩.

(٣ و٦ و٩) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٥) القائل هو العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠.

(٧) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٦٠.

(٨) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢١٨.

(١١) تقدّم في ص ٤٤٦ ـ ٤٤٧.

وليعلم أنّ كلام الشيخ متّجه على أصله من عدم الانتقال، والشفعة إنّما تكون بعد الانتقال، ومنه يُفهم الحال في كلامهم بالنسبة إليه.

وأمّا إذا كان الخيار للمشتري فقد نصّ في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والمهذّب[3] والغنية[4]» أنّ الشفعة تجب للشفيع وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار، صرّح بهذا الأخير الشيخ[5]، وهو المحكيّ[6] عن أبي عليّ. وفي «المسالك» أنّه لاخلاف فيه[7]. وفي «الكفاية» الإجماع عليه[8]. وفي «التذكرة» أنّه مذهبنا[9]، لأنّ انتقال الملك عن البائع يحصل بنفس العقد ولا يتوقّف على انقضاء الخيار، والشفعة مترتّبة على صحّة البيع وانتقال الملك إلى المشتري ليأخذ منه ويكون الدرك عليه، لكن قد حكينا[10] في باب الخيار عن خيار «الخلاف» أنّه إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد، لكنّه لم ينتقل إلى المشتري حتّى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأوّل، وقد تأوّلناه له هناك، سلّمنا لكنّه لم يوافقه عليه أحد.

وهل يسقط حينئذٍ خيار المشتري أم لا؟ قال في «التذكرة»: يثبت له خيار الفسخ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة[11]. وقال في «المسالك»: ظاهرهم سقوط الخيار[12].

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٥ مسألة ٢١.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٥) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٥ مسألة ٢١.

(٦) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠.

(٧ و١٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٠٧ و٣٠٨.

(٨) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٥.

(٩ و١١) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢١٨.

(١٠) تقدّم في باب الخيار ج ١٤ ص ٢٩٧.

وفي «المفاتيح» أنّه ظاهر الأكثر[١]، وفي الحكايتين تأمّل ظاهر إن كانا فهما ذلك من كلامهم، مع أنّ الأوّل حكاه في «الروضة[٢]» عن الشهيد احتمالاً وستسمعه قريباً[٣]، وإن كانا فهما ذلك من أنّه إذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار، ففيه: أنّ البائع والأجنبيّ يثبت لهما ذلك مع عدم المالك. ووجهه ـ أي سقوط خياره ـ أنّه لافائدة في فسخه، لأنّ غرضه على تقديره حصول الثمن، وقد حصل من الشفيع.

وقال في «الدروس»: ويلزم على قول الفاضل (وعنى به كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعى) أن تكون المطالبة (يعني الأخذ على تقدير كون الخيار للمشتري) مراعاة[٤] أيضاً. قلت: قد سمعت[٥] ما في «التذكرة» من التصريح بذلك. قال في «الدروس»: ويمكن القول بأنّ الأخذ يبطل خيار المشتري، كما لو أراد الردّ بالعيب فأخذه الشفيع، ولأنّ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، إلّا أن يجاب بأنّ المشتري يريد دفع الدرك عنه، انتهى[٦]. ومعناه ولا كذلك الردّ بالعيب، فإنّه إنّما يثبت له لأجل الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع. قلت: وهذا فيه الدرك أيضاً فينبغي له إبداء الفرق ولا فارق، فليكن ما نحن فيه كذلك، لكنّهم سيأتي لهم مكرّراً أنّ الأمر في الدرك سهل.

ولابدّ في تحرير هذا من الرجوع إلى ما كتبناه في شرح قوله فيما يأتي[٧] «فإن تقايل المتبايعان أو ردّ بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والردّ» فإنّا استوفينا فيه الكلام

---

(١) مفاتيح الشرائع: في استحقاق أخذ الشفعة بالعقد وعدمه ج ٣ ص ٨٠.

(٢) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٢.

(٣) لعلّه ما سينقله عن الدروس في آخر الصفحة.

(٤ و٦) الدروس الشرعية: الشفعة في بيع الخيار ج ٣ ص ٣٦٢.

(٥) تقدّم في ص ٤٤٧.

(٧) سيأتي في ص ٥٩٩ ـ ٦٠٦.

وكذا لو باع الشريك ثبتت للمشتري الأوّل الشفعة وإن كان لبـائعه خيار الفسخ،

وحرّرناه بما لا يوجد في كتاب، وهذا الجواب منه هو الوجه في الملازمة الّتي ألزم بها الفاضل، ومعناه أنّ المشتري يتعلّق غرضه بالخيار بـغير الثمن كـما إذا أراد أن يدفع دركه عنه. قلت: يمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره بـاشتراط سقوط الدرك عنه.

هذا وكان الأولى بالمصنّف أن يقول: ولا يسقط خيار ذوي الخيار ليشـمل ما إذا كان الخيار لأجنبيّ، بل ما إذا كان المشتري منفرداً أو مـنضمّاً، ولعـلّه أراد التنصيص على ردّ ما ظهر من ابن إدريس. ويأتي لهم في مسقطات الشفعة[1] كلام فيما إذا كان الخيار للشفيع واختار الإمضاء.

[في أنّ للشفيع أيضاً الشفعة]

قوله: «وكذا لو باع الشريك ثبتت للمشتري الأوّل الشفعة وإن كان لبائعه خيار الفسخ» كما في «التحرير[2] وجامع المقاصد[3]» ومعناه أنّه لو باع الشريك الآخر الّذي لم يبع حصّته (وهو الشفيع حيث لم يأخذ في صورة ما إذا اشتمل البيع الأوّل على خيار) فللمشتري الأوّل (وهو الّذي اشـتمل بـيعه عـلى خيار) الأخذ بالشفعة، لأنّه شريك حقيقة وإن كان بيعه مشتملاً عـلى خـيار (إذ لامنافاة بين ثبوت الخيار وكونه مالكاً المقتضي لكونه شريكاً.

---

(١) سيأتي في ص ٦٨٠ ـ ٦٨٢.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٠.

(٣) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٦٠ ـ ٣٦١.

فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري،

والعبارة تعطي بأنّ استحقاقه الشفعة ثابت له مع الخيار مطلقاً ـ أي سواء كان للبائع أو له (أي المشتري) الأوّل أو لهما ـ وأنّ الفرد الأخفى هو ما إذا كان الخيار للبائع كما هو قضية العطف بإن الوصليّة، مع أنّ ثبوت الشفعة إذا كان الخيار له ـ أي المشتري الأوّل ـ أخفى خصوصاً إذا جاء الفسخ من قبله، فإمّا أن لا يكون العطف صحيحاً، أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعة إذا كان الخيار للمشتري. والظاهر أنّه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا كما بيّن ذلك كله في «جامع المقاصد[1]» لكن عبارته لا تخلو عن حزازة وإيهام.

وقد يقال[2]: إنّ غرضه بإن الوصلية التعريض بالقائلين بأن لا شفعة في البيع الّذي فيه خيار للبائع، فيكون المراد: أنّا نثبتها للمشتري في هذا الفرع الخفيّ وإن كان فيه خيار لبائعه، فما ظنّك بما إذا باع أحدهما بخيار وأخذ الآخر الأصيل الّذي هو محلّ النزاع المتقدّم، بل الظاهر أنّه لم يرد غيره. وقد رتّب الحكم المذكور في «التحرير[3] والتذكرة[4] والدروس[5]» على كون الخيار للبائع وإن عدم الأخيران الترجيح. وهذا يشهد على ما فهمناه، على أنّا قد نقول: إنّ ما ذكره المصنّف هو الأخفى كما لا يخفى.

قوله: ﴿فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري﴾ أي إذا فسخ بائع

(١) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.
(٢) لم نعثر على قائل هذا القول في الكتب الموجودة لدينا ولعلّه إنّما ذكره من بحث أحد أساتيذه العظام كالوحيد أو الطباطبائي أو بحرالعلوم أو غيرهم.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢١٩.
(٥) الدروس الشرعية: الشفعة في بيع الخيار ج ٣ ص ٣٦٢.

وإن فسخ قبله فلاحقّ للبائع وللمشتري (وفي المشتري ـ خ ل) إشكالٌ.

هذا المشتري بعد أخذه حصّة الشريك الآخر الّذي باع حصّته أخيراً فالمشفوع له ـ أي المشتري ـ لأنّه في وقت الأخذ كان شريكاً فاستحقّ الشفعة، فلمّا أخذ عن استحقاق وصار مالكاً حقيقة لا يضرّه طروّ الفسخ المزيل للملك، كما لو زال بسبب آخر، وعلى قول الشيخ[1] بعدم انتقال المبيع إلّا بعد انقضاء خيار البائع يجب أن يكون الأخذ له لبقاء الشركة ولو فسخ فأولى.

قوله: ﴿وإن فسخ قبله فلا حقّ للبائع وللمشتري إشكالٌ﴾ أي إن فسخ البائع المذكور قبل أخذ المشتري منه حصّة الشريك الآخر فلا حقّ له ـ أي البائع الفاسخ ـ في الشفعة، لأنّه وقت البيع الثاني لم يكن شريكاً، وشرط استحقاقها ثبوت الشركة وقت البيع. وأمّا المشتري منه ففي استحقاقه الشفعة بعد فسخ بائعه بيعه إشكال ينشأ من سبق ثبوته والأصل بقاؤه، ومن زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق. وبعبارة اُخرى: من زوال العلّة الموجبة أعني الملك، وقد اشتمل زوالها على نفي حكمة السبب وهي ضرر الشركة فكان مانعاً، والأصحّ أنّه لا حقّ له كما في «جامع المقاصد[2]» وكأنّه مال إليه في «الإيضاح[3]». فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكاً وقت البيع ووقت الأخذ، فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحقّ شفعته إن كان عالماً، وفي بقاء شفعته لو باع قبل علمه ببيعه وجهان يأتيان[4] ببركات خير خلقه محمّد وآله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٢) جامع المقاصد: في محلّ الشفعة ج ٦ ص ٣٦١.

(٣) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠١.

(٤) يأتي في ص ٦٩٣ ـ ٦٩٩.

الفصل الثاني: في الآخذ والمأخوذ منه

أمّا الآخذ: فكلّ شريك متّحد بحصّةٍ مشاعةٍ قادرٍ على الثمن، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي،

﴿الفصل الثاني: في الآخذ والمأخوذ منه﴾

قوله: ﴿أمّا الآخذ فكلّ شريك متّحد بحصّةٍ مشاعةٍ قادرٍ على الثمن﴾ قد عرّفه بذلك في «الشرائع[1]» بترك المتّحد، وهو تعريف له باعتبار قيوده المتّفق عليها، وتعريف المصنف مبنيّ على مختاره، وكلاهما يشملان الموقوف عليه خاصّاً. ويراد بالقادر القادر بالقوّة والفعل. ويشمل الثمن المثلي والقيمي كما يأتي[2] التنبيه على ذلك كلّه.

[حكم الشفعة في أكثر من شريكين]

قوله: ﴿فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي﴾ هو خيرة «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضاعليه السلام»[3] لأنّ الظاهر عندنا أنّه لعلي بن بابويه و«رسالته» أي عليّ بن بابويه فيما حكي[4] عنها و«المقنع[5] والمقنعة[6] والانتصار[7] والتهذيب[8] والاستبصار[9] والنهاية[10] والخلاف[11]

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٤. (٢) سيأتي في ص ٥٦٨ ـ ٥٧٧.
(٣) الفقه المنسوب إلى الإمام الرضاعليه السلام: في الشفعة ص ٢٦٤.
(٤) حكاه عنه المحقّق الآبي في كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.
(٥) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٥. (٦) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.
(٧) الانتصار: في حكم الشفعة لو تعدّد الشركاء ص ٤٥٠.
(٨) تهذيب الأحكام: في الشفعة ج ٧ ص ١٦٦ ذيل الحديث ٧٣٦.
(٩) الاستبصار: في الشفعة في العدد الّذين تثبت بينهم الشفعة ج ٣ ص ١١٦.
(١٠) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤. (١١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٥ مسألة ١١.

والمبسوط[١] والمراسم[٢] والكافي[٣] والمهذّب[٤] والوسيلة[٥] وفقه القرآن» للراوندي[٦] و«الغنية[٧] والسرائر[٨] والشرائع[٩] والنافع[١٠] وكشف الرموز[١١] والتذكرة[١٢] والتحرير[١٣] والإرشاد[١٤] والتبصرة[١٥] والمختلف[١٦] والدروس[١٧] واللمعة[١٨] وجامع المقاصد[١٩] والروضة[٢٠] ومجمع البرهان[٢١] والمفاتيح[٢٢]» وهو المحكيّ[٢٣] عن الطبرسي والكيدري ووالد المصنّف. وقد حكي عليه الإجماع في «الانتصار[٢٤]

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٧.
(٢) المراسم: في الشفعة ص ١٨٣.
(٣) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.
(٤) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٣.
(٥) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(٦) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.
(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤.
(٨) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦ و٣٨٧.
(٩) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(١٠) المختصر النافع: في الشفيع ص ٢٥٠.
(١١) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢.
(١٣) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٤.
(١٤) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٤.
(١٥) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(١٦) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٤.
(١٧) الدروس الشرعية: في عدد مستحقّ الشفعة ج ٣ ص ٣٥٧.
(١٨) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.
(١٩) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣.
(٢٠) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.
(٢١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٨.
(٢٢) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٧.
(٢٣) حكاه عنهم العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٣.
(٢٤) الانتصار: في حكم الشفعة لو تعدّد الشركاء ص ٤٥٠.

والغنية[1] والسرائر[2] والتنقيح[3]» وظاهر «الخلاف» حيث قال: عندنا[4] وأنّه انفراد لنا. ونحوه قوله في «المبسوط»: لم يوافقنا عليه أحد[5]. وفي «الانتصار» أيضاً: أنّه من متفرّداتنا[6]. وفي «التنقيح» أيضاً: أنّ عليه الفتوى[7]. وفي «الدروس[8] وجامع المقاصد[9]» أنّه المشهور وكاد يكون إجماعاً. وفي «المقتصر[10] و/المسالك[11] ومجمع البرهان[12] والكفاية[13] والمفاتيح[14]» أنّه المشهور. وفي «المبسوط[15] وكشف الرموز[16] والتذكرة[17] والمسالك[18] ومجمع البرهان» أيضاً: أنّه مذهب أكثر علمائنا[19]. وفي الأوّل في مقام آخر: أنّه مذهب أكثر علمائنا المحصّلين[20]. وفي «المهذّب» أنّه الظاهر من مذهبنا[21]. وفي «جامع المقاصد» أيضاً: أنّه المذهب[22]. وفي «النافع» روايته أشهر[23]. وفي «الروضة» أنّه أشهر القولين[24]. وفي «التذكرة» أنّ الجمهور كافّة على الثبوت مع التعدّد[25]. ولا ترجيح في «الإيضاح[26]

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤. (٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٧.

(٣و٧) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٨. (٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٥ مسألة ١١.

(٥ و١٥ و٢٠) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣ و١٠٧.

(٦) الانتصار: في حكم الشفعة لو تعدّد الشركاء ص ٤٥٠.

(٨) الدروس الشرعية: في عدد مستحقّ الشفعة ج ٣ ص ٣٥٧.

(٩ و٢٢) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٢ و٣٦٣.

(١٠) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٦. (١١ و١٨) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٠.

(١٢ و١٩) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٠.

(١٣) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٣.

(١٤) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٧.

(١٦) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(١٧ و٢٥) تذكرة الفقهاء: في محلّ الشفعة ج ١٢ ص ٢٠٢.

(٢١) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٣.

(٢٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(٢٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.

(٢٦) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠١.

والمسالك[1]» وكذلك «الكفاية» في غير العبد، وفيه وافق الأصحاب[2].

والمخالف أبو عليّ فيما حكي[3] والصدوق في «الفقيه[4]» وقد اختلف النقل عن أبي عليّ، ففي «الانتصار» أنّه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على اثنين، وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصّة[5]. وهذا هو خيرة «الفقيه» كما فهمه منه المصنّف في «المختلف[6]» وولده[7] و«كاشف الرموز[8]» والشهيد في «الدروس[9]» وغيرهم[10].

---

(١) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٣.

(٢) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٤.

(٤) من لا يحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٨٠ ذيل ح ٣٣٨٠.

(٥) الموجود في الانتصار نقل الخلاف عن ابن الجنيد وأنّه جوّز الشفعة فيما زاد على الاثنين، وإنّما نقل التفصيل في العقار وغيرها عن الصدوق، قال في الانتصار: فإن قيل: ادّعيتم إجماع الإمامية وابن الجنيد يخالف في هذه المسألة ويوجب الشفعة مع زيادة الشركاء على اثنين، وأبو جعفر ابن بابويه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على الاثنين، وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصّة على ما حكيتموه عنه في جواب مسائل أهل الموصل التسع الفقهية، انتهى. راجع الانتصار: ص ٤٥١.

وقد رأينا نسخاً كثيرة من الانتصار وغالبها كما ترى إلّا نسخة واحدة وافقت الحكاية المذكورة، إلّا أنّ الظاهر منها تخليطها بين النقلين، فإنّ العبارة الموجودة فيها هكذا: فإن قيل: قد ادّعيتم إجماع الإمامية وابن الجنيد في هذه المسألة يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على الاثنين، وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصّة على ما حكيتموه عنه في جواب مسائل أهل الموصل التسع الفقهية، فأمّا إجماع الإمامية قد تقدّم الرجلين فلا اعتبار بخلاف الرجلين، انتهى. نسخة العتبة الرضوية المرقمة ٢٢٣٥ سنة التحرير ١٠٥٥، ص ١٤٧. والعبارة ظاهرة في الخلط والسقط، فإنّ قوله «قد تقدّم الرجلين» وكذا قوله «فلا اعتبار بخلاف الرجلين» صريح في أنّ المحكيّ عنه إنّما كان هو الرجلين ـ أي ابن الجنيد وابن بابويه ـ فلا اعتبار بهذه النسخة، والصحيح هو الأوّل. والحاصل: أنّ النسبة المذكورة في الشرح غير تامّة وغير صحيحة، فتأمّل.

(٦) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٣.

(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة في الآخذ والمأخوذ منه ج ٢ ص ٢٠١.

(٨) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٩) الدروس الشرعية: في عدد مستحقّ الشفعة ج ٣ ص ٣٥٧.

(١٠) كالتنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٨٨.

وقد نسب إليهما معاً ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل أبو العبّاس في «المقتصر[١] والمهذّب[٢]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[٣]» وغيرهما[٤]. وحكى المصنّف في «المختلف[٥]» وولده[٦] عن أبي عليّ ثبوتها مع الكثرة، وحكيا[٧] عن الصدوق في الفقيه التفصيل المذكور.

وحكى في «الشرائع[٨] والتحرير[٩]» في المسألة ثلاثة أقوال: الأوّل أنّها تثبت مطلقاً على عدد الرؤوس. الثاني أنّها تثبت في الأرض مع الكثرة ولا تثبت في العبد إلّا للواحد. الثالث المشهور. فالقول الأوّل إن لم يكن لأبي عليّ كان ممّا لاقائل به فيما نجد، والقول الثاني لم نجد القائل به قبل صاحب «الكفاية[١٠]» لأنّ الصدوق يشترط الاتّحاد في مطلق الحيوان ولا يخصّه بالعبد.

وليعلم أنّ الصدوق قصد بذلك الجمع بين الأخبار، وهو وهمٌ صرف، لأنّه قال بعد إيراده مضمون رواية يونس: يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، مع أنّ الإمام عليه السلام قال فيها: الشفعة واجبة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع بشرط أن يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرهما[١١]. فلا مجال للتخصيص هنا

---

(١) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٦.

(٢) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٧.

(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٢.

(٤) كالسيّدعليّ في رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٥.

(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٤.

(٦) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠١.

(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٣، وإيضاح الفوائد: في الشفعة ج ٢ ص ٢٠١.

(٨) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.

(٩) تحريرالأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٤.

(١٠) كفاية الأحكام: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٥٤٤.

(١١) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٨٠ ذيل الحديث ٣٣٧٩.

بالحيوان على أنّ المتبادر منه في هذه الأخبار مطلق الحيوان أو الصامت كما أفصحت به صحيحة الحلبي[١]، فكان الأولى أن لا يعدّ قولاً، لأنّه نشأ عن وهمٍ محض إلّا أن تقول: إنّ الّذي دعاه إلى ذلك استقامة السيرة واستمرار الطريقة على ذلك. قلت: لو كان كذلك لما خالف ذلك هو وأبوه في «المقنع[٢] والرسالة[٣]» ومعاصروه، على أنّا قد بيّنّا[٤] فيما سلف أنّ السيرة مستقيمة والطريقة مستمرّة على عدم الشفعة في الحيوان أصلاً.

ومن العجيب قوله في «المختلف[٥]» إنّ قول أبي عليّ لا يخلو من قوّة، وتخطئته وولده[٦] لابن إدريس في دعوى الإجماع لمكان خلاف أبي عليّ الّذي لم يزل موافقاً للعامّة، وكم من قولٍ له انعقد الإجماع على خلافه، وإن كان لمكان خلاف الصدوق أيضاً فهو أيضاً في غير محلّه، مع أنّه نقل هو في «المختلف» كلامه وعرف منشأه، ثمّ إنّه ينبغي لهما أيضاً أن يخطّئا عَلم الهدى وأبا المكارم والشيخ في ظاهر «الخلاف» وكذا «المبسوط». ويقرب من ذلك ما في «المهذّب البارع[٧] والمسالك[٨]» من أنّ دليل أبي عليّ أمتن كما في الأوّل وأنّه أكثر وأوضح وأصحّ كما في الثاني، وستعرف الحال. وأمّا قول صاحب «الكفاية» فضعيف جدّاً مع أنّه فيما سلف[٩] نفى البُعد عن عدم ثبوتها في المنقول من عبدٍ وغيره.

(١) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الشفعة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٢١.
(٢) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٥.
(٣) حكاه عنها المحقّق الآبي في كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.
(٤) تقدّم في ص ٤١٠.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٦.
(٦) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠١.
(٧) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٨.
(٨) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٢.
(٩) تقدّم في ص ٤٠١.

وكيف كان، فدليل المشهور الإجماعات المعتضدة بالشهرات المنقولة في اثني عشر موضعاً، وقد سمعت[١] ما في «الدروس وجامع المقاصد» من أنّها كادت تكون إجماعاً، مضافاً إلى الأصل بمعانيه الأربعة، وإطباق العامّة على خلافنا كما سمعت[٢] عن السيّد والشيخ والأخبار، فمنها صحيحة عبدالله بن سنان على الصحيح في العبيدي عن يونس الصريحة في ذلك، قال عليه السلام: لاتكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة[٣]. ومثلها في الصراحة مرسلة يونس[٤]. ومثلهما في الصراحة ما في «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام»[٥] إن صحّت النسبة، قال: إذا كان الشريك أكثر من اثنين فلا شفعة لواحدٍ منهم. ومثلها في الصراحة صحيحة عبدالله بن سنان[٦] وموثّقته[٧] وصحيحة الحلبي[٨] وحسنته[٩] الواردات في المملوك والحيوان، إذ لنا أن نعمل ببعض الخبر ونترك بعضه إلّا أن تقول: إنّ ذلك في غير ما هو من هذا القبيل ممّا يستقلّ ولا كذلك ما هنا، لأنّه قال عليه السلام: «لا شفعة في حيوان إلّا أن يكون الشريك فيه واحداً» والباقي من ذلك مثل ذلك. فنقول: إنّ في غيرها أكمل بلاغ.

وأمّا ما يدلّ على الشفعة مع الكثرة فخبر السكوني[١٠] وطلحة بن زيد[١١]: الشفعة على عدد الرجال وعلى الرجال. وقد حملهما الشيخ[١٢] والجماعة[١٣] على

(١ و٢) تقدّم في ص ٤٥٦.

(٣ و٤ و٦ و٧ و٨ و١٠) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الشفعة ح ١ و٢ و٤ و٧ و٣ و٥ ج ١٧ ص ٣٢٠ ـ ٣٢٢.

(٥) فقه الرضا عليه السلام: في الشفعة ص ٢٦٤.

(٩) الكافي: في باب شراء الرقيق ج ٥ ص ٢١٠ ح ٥.

(١١) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٧٧ ح ٣٣٧١.

(١٢) الاستبصار: في باب العدد الّذين تثبت بهم الشفعة ج ٣ ص ١١٧ ذيل ح ٤١٦.

(١٣) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٠، والسيّد عليّ ←

التقية. وفي سندهما ما يدلّ على ذلك، وقد علمت [١] إطباق العامّة على ذلك. نعم قد يوهم الدلالة على هذا القول حسنة منصور بن حازم [٢] وموثّقته [٣] ورواية عقبة [٤] حيث وردت بلفظ «الشركاء» وأقلّ الجمع ثلاثة، وكذا لفظ «القوم» في إحدى روايتي منصور، وقد حمل في «الدروس [٥]» روايتي منصور على التقية. وأجاب جماعة منهم السيّد في «الانتصار [٦]» والشيخ في «الاستبصار [٧]» بحمل الجمع على الاثنين، وهو مجاز شائع ذائع في الآيات والروايات، قال الله عزّ وجلّ: ﴿فإن كان له إخوة﴾ [٨] سلّمنا وما كان ليكون لكنّها لا تقوى على معارضة المشهور من وجوهٍ شتّى.

ويبقى الكلام في الكثرة المانعة فهل المراد بها الكثرة السابقة على عقد البيع كأن يكون ثلاثة فيبيع أحدهم؟ أو الأعمّ منها ومن اللاحقة كما لو كان الشريكان اثنين وباع أحدهما نصيبه من اثنين فلا يصحّ الشريك الآخر الأخذ منهما ولا من أحدهما لمكان الشركة اللاحقة لأنّ كلّ واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصاً إذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الآخر إلّا بعد شرائهما؟ وقيل [٩]: إنّها إنّما تمنع في المثال فيما إذا أخذ من أحدهما دون الآخر، أمّا إذا أخذ من الجميع فلا، لأنّ الشريك

← في رياض المسائل: في الشفعة ج ١٢ ص ٣١٥، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الشفعة ج ٢٠ ص ٣٠٣ و٣٠٤.

(١) تقدّم في ص ٤٥٦.

(٢ و٣ و٤) وسائل الشيعة: ب ٤ و٥ من أبواب الشفعة ح ١ و٢ ج ١٧ ص ٣١٨ و٣١٩.

(٥) الدروس الشرعية: في عدد مستحقّ الشفعة ج ٣ ص ٣٥٧.

(٦) الانتصار: في حكم الشفعة لو تعدّد الشركاء ص ٤٥١.

(٧) الاستبصار: في باب العدد الّذين تثبت بهم الشفعة ج ٣ ص ١١٧ ذيل ح ٤١٨.

(٨) النساء: ١١.

(٩) كما في المسالك: في الشفيع ج ١٢ ص ٣٠٥.

ولا للعاجز،

المستحقّ للشفعة واحد، أقوال. وظاهر قوله عليه السلام: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحدٍ منهم الشفعة» يقضي بنفي الاستحقاق في المثال مطلقاً. وهو ظاهر المحقّق الثاني[1] والشهيد الثاني[2]. والتفصيل ظاهر المصنّف في آخر الفروع[3] على القول بالكثرة. وظاهر الشهيد حمل الكثرة على السابقة ذكره في «حواشيه[4]» وهو المتبادر من الفتاوى ومن إطلاق غير خبر عبدالله بن سنان كقوله عليه السلام في مرسلة يونس: بشرط أن يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرهما[5]، مضافاً إلى الاستصحاب وعدم عدّه في المسقطات لأحدٍ منهم. وتمام الكلام[6] في أواخر الفروع المترتّبة على القول بالكثرة. ثمّ إنّ المحقّق الثاني في أوائل المقصد الرابع[7] قد خالف ما حكيناه عنه هنا عند شرح قوله «ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة» فليلحظ ذلك.

[في عدم الشفعة للعاجز والمماطل والهارب]

قوله: ﴿ولا للعاجز﴾ إجماعاً كما يفهم من «المسالك[8]» في قيود تعريف الشفيع حيث قال: هذا تعريف الشفيع باعتبار قيوده المتّفق عليها، وبلا خلاف كما في

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٢.

(٢ و٨) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٠ و٢٧٧.

(٣) سيأتي في ص ٥٢٦ ـ ٥٣٣.

(٤) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٥ و٦) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢١.

(٧) يأتي في ص ٦٩٥ ـ ٦٩٦.

«الغنية[١] والرياض[٢]». وفي «مجمع البرهان[٣]» يمكن أن يكون دليله الإجماع. وقد صرّح بالحكم في «النهاية[٤] والسرائر[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والدروس[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] والروضة[١٤]» وغيرها[١٥]. وهو معنى ما في «التبصرة[١٦] واللمعة[١٧]» وغيرهما[١٨] من اشتراط القدرة على الثمن.

ودليله بعد الإجماع الأصل وأنّه ضرر على المشتري والبائع وأنّ غيره المتبادر من إطلاق النصّ والفتوى، بل يمكن الاستدلال عليه بحسنة عليّ بن مهزيار بالنهدي وهو الهيثم الواردة في تأجيل مدّعي غيبة الثمن ثلاثة أيّام ونفي الشفعة إن لم يحضره بعدها. وينبغي إيرادها لأنّها تنفع فيما يأتي[١٩] من المماطل والهارب، قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٥.
(٢) رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٩.
(٤) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.
(٥) السرائر: في شروط استحقاق الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨ و ٣٨٩.
(٦) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٧) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٩.
(٩) تحرير الأحكام: في مستحق الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩.
(١٠) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(١١) الدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع ... ج ٣ ص ٣٥٩.
(١٢) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٣.
(١٣) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.
(١٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٩.
(١٥) كرياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١١.
(١٦) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(١٧) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.
(١٨) كمفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٧.
(١٩) سيأتي في ص ٤٦٥.

أن يحضر المال فلم ينضّ فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيّام، فإن أتاه بالمال وإلّا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلدٍ آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلد وينصرف وزيادة ثلاثة أيّام إذا قدم، فإن وفاه وإلّا فلا شفعة [١].

والمراد بصاحب الأرض المشتري. ويدلّ عليه إطلاق لفظ «الشفعة» الّتي هي حقيقة لغةً وعرفاً وشرعاً في الاستحقاق بعد البيع. وتحذلق هنا صاحب «الحدائق» وقال: إنّ موردها الشفعة قبل البيع وأنّ المراد بصاحب الأرض المالك الأوّل وأنّ الأصحاب قاسوا حال المشتري على البائع [٢]. وفيه: أنّه إذا سلّم ظهورها فيما قال فالإلحاق من باب تنقيح المناط بالعقل أو بالإجماع أو بهما، على أنّه أخذ ذلك من المقدّس الأردبيلي [٣].

ويتحقّق العجز باعترافه أو شهادة القرائن القطعية أو عدم مشروعية استدانته. وهل يتحقّق العجز بفقره وإعساره؟ قال في «جامع المقاصد»: فيه نظر، لإمكان أن يحصله بقرضٍ ونحوه فينتظر به ثلاثة أيّام، انتهى [٤]. وقال في «المسالك» بعد أن تردّد أيضاً: إنّ الأجود العدم [٥]. وقد تقدّم له في تعريف الشفيع الجزم بذلك، وحكم أيضاً بإنظاره ثلاثة أيّام. ولعلّهما استفادا التحديد بالثلاثة من الحسنة كما عرفت، لأنّها ليست صريحة في أنّ التأخير من حيث غَيبة الثمن بمعنى أنّه موجود وليس بحاضر، بل الظاهر منها ما هو أعمّ من ذلك ومن عدمه بالكلّية أو مطله به، لأنّ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٤.
(٢) الحدائق الناضرة: في شروط الشفيع ج ٢٠ ص ٣٠٨.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٠ ـ ٢١.
(٤) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٣.
(٥) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.

ولا المماطل والهارب.

معنى «لم ينضّ» لم يحصل، فتأمّل. وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ الأولى في هذا أن يناط بالوقت الّذي يضرّ الصبر إليه عرفاً بالمشتري أو البائع عرفاً. ولعلّه لا يتمّ على القول بالضرر ولا على القول بالتراخي، فتأمّل. ولا يجب قبول الرهن والضامن والعوض كما في «التحرير[2] والدروس[3] والروضة[4]».

قوله: ﴿ولا المماطل والهارب﴾ كما في «الشرائع[5]» وما ذكر بعدها فيما قبلها. وصرّح في «النهاية[6] والسرائر[7]» بذلك في المماطل، لأنّ المطل والهرب كالعجز بل أقبح، لكن أخرجهما بقيد القدرة. وفيه ما لايخفى، لصدق القدرة عليهما بالفعل، وإرادة لازم القدرة منها ـ وهو دفع الثمن، لأن كان هو الغاية المقصودة منها إطلاقاً لاسم السبب على المسبّب ـ لا تستحسن في التعاريف وإن كانت شائعة في غيرها. وظاهر إطلاقهم كما في «جامع المقاصد[8]» أنّ المطل يتحقّق قبل الثلاثة ولايشترط فيه ثلاثة أيّام، لأنّها للعاجز ولا عجز. ويحتمل إلحاقه به لظاهر الحسنة كما عرفت. ولعلّ الأولى، لإناطة بالضرر بالصبر وإن قلّ عن الثلاثة، لأنّ المماطل هو القادر ولا يؤدّي فليتأمّل.

وليعلم أنّ العلم بأنّه مماطل من قبل لا يمنع من أخذه بالشفعة.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٠.
(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٠.
(٣) الدروس الشرعية: في عدد مستحقّ الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠.
(٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٩.
(٥) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ص ٢٥٥، وما ذكر بعدها تقدّم في هوامش ١٢ ـ ٢٠.
(٦) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.
(٧) السرائر: في بيان ما تستحقّ فيه الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.
(٨) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٣.

فإنِ ادّعى غَيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيّام، فإن أحضره وإلّا بطلت شفعته بعدها، ولو ذكر أنّه في بلدٍ آخر أُجّل بقدر وصوله منه وثلاثة أيّام بعده،

وأمّا الهارب ففي «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» أنّه إن كان هربه قبل الأخذ فلا شفعة له، قالوا: وإن كان بعده فللمشتري الفسخ. ولعلّ الوجه في الأوّل منافاته الفورية، وفي الثاني عموم «لا ضرر ولا ضرار»[5]. وفي «التحرير[6]» وما ذكر بعده[7] أنّه لا يتوقّف على حكم الحاكم لمكان الضرر وإن لم يكن له ـ أي المشتري ـ ذلك في المبيع إذا هرب المشتري أو أخّر الدفع، لأنّ البيع حصل باختيارهما، وهنا أخذه الشفيع لغير اختيار لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا اشتمل على إضرار المشتري منع. وفي «التذكرة[8]» أنّ الفسخ للحاكم.

قوله: ﴿فإنِ ادّعى غَيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيّام، فإن أحضره وإلّا بطلت شفعته بعدها، ولو ذكر أنّه في بلدٍ آخر أُجّل بقدر وصوله منه وثلاثة أيّام بعده﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «النهاية[9] والمهذّب[10] والكافي[11]

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٩.
(٢ و٦) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩ و٥٦٠.
(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٣.
(٤) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.
(٧) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٣، ومسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.
(٩) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.
(١٠) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.
(١١) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

والغنية[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والنافع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والتبصرة[8] والدروس[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] والروضة[13] ومجمع البرهان[14] والكفاية[15] والمفاتيح[16]» وغيرها[17]. والأصل في ذلك كلّه حسنة ابن مهزيار المتقدّمة[18]، وقد سمعتها وعرفت الحال فيها فيما أورد على الاستدلال بها. وعليها العمل كما في «المفاتيح[19]» ويمكن أن يقال: إنّه يظهر من «الغنية» دعوى الإجماع كما ستسمع.

ولعلّ المراد ببطلان الشفعة إن لم يحضره أنّها تسقط إن لم يكن أخذ، وأنّه يتسلّط على الفسخ إن كان قد أخذ كما نبّه عليه في «التذكرة[20]» وصرّح به في «جامع المقاصد[21] والمسالك[22]».

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٢) السرائر: في بيان ما تستحقّ فيه الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.

(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥. (٤) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(٥ و ٢٠) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٦) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

(٧) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

(٨) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(٩) الدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع ج ٣ ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(١٠) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.

(١١ و ٢١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٤.

(١٢ و ٢٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٥.

(١٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٣٩٩.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٠.

(١٥) كفاية الأحكام: في الشفيع ج ١ ص ٥٤٥.

(١٦ و ١٩) مفاتيح الشرائع: في موارد الشفعة وأحكامها ج ٣ ص ٧٦.

(١٧) كرياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٧.

(١٨) تقدّمت في ص ٤٦٣ ـ ٤٦٤.

وفي «الكفاية[1]» أنّ هذا التفصيل غير مذكور في الرواية. ونعم ما قال، إذ أقصى ما يقال من طرف المفصّلين ـ مع الغضّ عن الشقّ الأوّل، لأنّه لا يمكن إرادته من الرواية، لأنّه مبنيّ على أنّ طلب الشفعة في الرواية ليس بمعنى التملّك والأخذ، بل بمعنى أنّه قال: إنّي أُريد أن آخذ، وهو باطل من وجوه عديدة يأتي بيانها في الفصل الثالث[2] ـ: إنّ الحكم بالبطلان إنّما هو لمكان مراعاة المشتري، فإذا رضي بالتأخير فقد أسقط حقّه، وأقصى ما دلّت عليه الرواية أنّ حقّ الشفيع يسقط بمعنى أنّه ليس له المطالبة بالشفعة، وهو لا يستلزم سقوط حقّ المشتري من مطالبة الشفيع بالثمن بعد أخذه بالصيغة الناقلة ورضا المشتري بالتأخير، ولا دلالة فيها على بطلان حقّ الشفيع، إذ الشأن فيها كالشأن فيما ورد[3] في خيار التأخير من أنّه لا بيع له، مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحّة وبقاء الخيار لا فساده من أصله، فمعنى قوله عليه السلام: «بطلت الشفعة» في الفرض الأوّل في الخبر أنّه لا شفعة له كما قال عليه السلام ذلك في الفرض الثاني، ومعنى قوله عليه السلام «لا شفعة له» أنّها غير لازمة كما قلناه في قوله عليه السلام «لا بيع له» في خيار التأخير من أنّ معناه لا يلزم البيع، هذا أقصى ما يمكن أن يقال في توجيه ذلك، وهو خروج عن صريح الرواية، لأنّها صرّحت بالبطلان، فيكون معنى قوله عليه السلام «لا شفعة له» أنّها باطلة، فيحمل الظاهر أو المحتمل على الصريح لا العكس، ثمّ إنّه إذا بطل حقّ الشفيع وصار كالأجنبيّ كيف يبقى حقّ المشتري وكيف يكون من قبيل قوله عليه السلام في خيار التأخير «لا بيع له» ويأتي لنا في أوّل الفصل الثالث[4] تحرير ذلك كلّه.

---

(١) كفاية الأحكام: في الشفيع ج ١ ص ٥٤٥.
(٢ و٤) سيأتي في ص ٥٣٥ ـ ٥٤٠.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الخيار ح ١ و٢ و٤ ج ١٢ ص ٣٥٦ ـ ٣٥٧.

ما لم يستضرّ المشتري.

هذا، وظاهر الرواية يشعر بأنّ ابتداء الثلاثة من حين علمه بالبيع لا من حينه، لأنّ المتبادر من قوله «فذهب» انتظار الثلاثة من حين ذهابه لإحضار المال، وهذا الذهاب واجب فوراً كما كان أخذه فوريّاً من حين العلم. وتعتبر الثلاثة ملفّقة لو وقع البيع في خلال اليوم كما في «جامع المقاصد» قال: وهل تعتبر الليالي بحيث تلفّق ثلاثة أيّام وثلاث ليال؟ لا تصريح بذلك، ولو قلنا إنّ مسمّى اليوم شامل للّيل اعتبرت، نعم لو وقع البيع أوّل الليل فالليالي داخلة تبعاً، انتهى [1]. قلت: قد قلنا في مثله كخيار الحيوان [2] ونحوه باعتبار الليالي لدخول الليلتين أصالةً فتدخل الثالثة حذراً من اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد، إلّا أن تقول: إنّ هذه الكلمة تقال عرفاً مع خروج الليلة الثالثة حيث لا قرينة تعيّن دخولها أو خروجها. ولو احتيج إلى الرفيق حيث يذكر أنّه في بلدٍ آخر انتظر حصوله كما هو المستمرّ في العادة، ولا يجب عليه استيجاره. والظاهر أنّه لا يستثنى له وقت يكون فيه في ذلك البلد زيادة.

قوله: ﴿ما لم يستضرّ المشتري﴾ قد صرّح به في «النهاية [3]» وكثير ممّا

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٤.

(٢) تقدّم في خيار الحيوان ج ١٤ ص ١٨٧.

(٣) عبارة النهاية تفترق عمّا حكاه عنه الشارح، قال في النهاية: فإن كان ماله في بلدٍ آخر أجّل بمقدار وصول ذلك المال إليه مالم يؤدّ إلى ضرر البائع، فإن أدّى إلى ضرره بطلت الشفعة، انتهى. راجع النهاية: ص ٤٢٥. فهذه العبارة تدلّ أوّلاً: على أنّ التأخير بمقدار مجرّد وصول المال إلى بلد المعاملة لا أكثر من ذلك بخلاف ما نسبه إليه الشارح فإنّه يدلّ على أنّ التأخير إنّما وقع بمقدار وصول المال إلى بلد المعاملة مضافاً إلى ثلاثة أيّام اُخرى. وثانياً: تدلّ على أنّ الميزان هوعدم تضرّر البائع كما هو ظاهر السرائر وغيره لا المشتري، وهذا يستلزم أن يكون التأخير في الثمن ومن طرف المشتري. وأمّا ما نسبه إليه الشارح يستلزم أن يكون تأخير ←

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمّي، وإلّا فلا.

تأخّر عنها[١]. وفي «الغنية[٢]» الإجماع عليه، قال: هذا إذا لم يؤدّ الصبر عليه إلى ضرر، فإن أدّى إلى ذلك بطلت الشفعة بدليل إجماع الطائفة.

وفي «مجمع البرهان[٣]» أنّ ظاهر الرواية عدم التقييد بعدم الضرر، وكأنّهم قيّدوه به لأنّه منفيّ عقلاً ونقلاً، لكنّه غير ظاهر، لأنّا نجد وقوع الضرر في الشرع كثيراً فليس له ضابط واضح.

قلت: الضابط في ذلك العرف فيتحقّق ضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله، فحينئذٍ إنّما يثبت التأجيل بما ذكر إذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله كسفر من بالعراق إلى الشام ونحو ذلك.

[في عدم ثبوت الشفعة للكافر على المسلم]

قوله: ﴿فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمّي، وإلّا فلا﴾ فلا شفعة لكافر على مسلم كما صرّح به في

← المبيع من طرف البائع كما هو ظاهر الشرائع وجامع المقاصد والتذكرة. هذا ويمكن أن يقال: إنّ الأمر في كلا الطرفين سيّان في الضرر، فإنّ التأخير إذا وقع في الثمن يمكن أن يقع الضرر على البائع وحده وعلى البائع والمشتري معاً، كما أنّ التأخير إذا وقع في المبيع ومن طرف البائع أيضاً يمكن أن يقع الضرر عليهما معاً وعلى المشتري وحده ففرض بعضهم تارةً التضرّر من تأخير الثمن للمشتري، وفرض بعضهم الآخر التضرّر منه للبائع لا يفترق في الحكم، فتأمّل.

(١) كالشرائع: ج ٣ ص ٢٥٥، وجامع المقاصد: ج ٦ ص ٣٦٤، والتذكرة: ج ١٢ ص ٢٤٩، والسرائر: ج ٢ ص ٣٨٩.

(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٠.

«المقنعة[١] والانتصار[٢] والنهاية[٣] والمبسوط[٤] والخلاف[٥] والمراسم[٦] والوسيلة[٧] وفقه الراوندي[٨] والغنية[٩] والسرائر[١٠]» وسائر ما تأخّر عنها[١١]. وقد حكي عليه الإجماع في «الانتصار[١٢] والخلاف[١٣] والمبسوط[١٤] والغنية[١٥] ومجمع البرهان[١٦]» وظاهر «التذكرة[١٧]» حيث نسبه إلى علمائنا. وفي «السرائر[١٨]» أنّه لا خلاف فيه. وفي «المسالك[١٩]» كأنّه موضع وفاق، لأنّ الشفعة حقّ قهري، فلا تثبت للكافر على المسلم لقوله جلّ شأنه: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٢٠] وفي الخبر «ليس لليهودي ولا النصراني شفعة»[٢١] وقد قالوا[٢٢]:

---

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.

(٢ و١٢) الانتصار: في الشفعة للكافر ص ٤٥٢ و٤٥٣.

(٣) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤.

(٤ و١٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٩.

(٥ و١٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥٣ مسألة ٣٨.

(٦) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٧) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.

(٨) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٨.

(٩ و١٥) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤.

(١٠) السرائر: في شروط استحقاق الشفعة ج ٢ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(١١) منها شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥، وإرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥، والدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع ج ٣ ص ٣٥٨.

(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٦.

(١٧) تذكرة الفقهاء: في آخذ الشفعة ج ١٢ ص ٢١٢.

(١٨) الموجود في السرائر هو التصريح بالإجماع حيث قال: لا يستحق (الذمّي) على مسلم شفعة بدليل إجماع أصحابنا. راجع السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

(١٩) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٨.

(٢٠) النساء: ١٤١.

(٢١) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٠.

(٢٢) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٨، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٠، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الشفعة ج ٢٠ ص ٣١١.

وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على إشكال،

إنّ المراد على المسلم، للإجماع على ثبوتها لهما على غيره. حكاه جماعة. واختصاص النصّ وأكثر الفتاوى بالذمّي لعلّه لندرة اتّفاق شركة المسلم مع الحربي، أو للتنبيه على الأدنى بالأعلى. ولافرق في ذلك بين أن يكون البائع مسلماً أو ذمّياً، لأنّ الشفيع إنّما يأخذ من المشتري، فإن لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع، وإن كان البائع مسلماً.

[حكم الشفعة للأب والوصيّ والوكيل]

قوله: «وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال» ينشأ من أنّ إيقاع العقد يتضمّن الرضا به وذلك مسقط للشفعة. وهو خيرة «المختلف[1]» وحده لا شريك له، ومن أنّ إيقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ بالشفعة وتحقيق لسببه، فلا يكون الرضا به مسقطاً لها، إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضي الرضا بالمسبّب. وبعبارة أُخرى: وهي أنّ إيجاد العلّة وهي البيع لا ينافي طلب المعلول وهو الشفعة. وهو خيرة «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإيضاح[6] والدروس[7]

---

(١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٨.
(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٥.
(٥) تحرير الأحكام: في المستحقّ للشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٦) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٢.
(٧) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦١.

وكذا الوصيّ على رأي،

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣]» لا يقال: إنّ البيع والشراء مع إرادة الشفعة لا يقعان صحيحين، إذ لا غبطة لهما في ذلك، لأنّا نقول: إنّ المفروض صحّة التصرّف، وهي مقيّدة بالمصلحة، فمتى وجدت صحّ، وإلّا فلا. والكلام في الصبيّ والمجنون، ولا ريب أنّ للأب وإن علا الشفعة على الولد للعموم ولا بحث في البالغ العاقل. وهل يستحقّ الولد على الوالد الشفعة؟ قال في «جامع المقاصد[٤]»: فيه احتمالان وفي الاستحقاق قوّة. قلت: هو قضية العموم.

قوله: ﴿وكذا الوصيّ على رأي﴾ أي له الأخذ بالشفعة إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه كما هو خيرة «التذكرة[٥] والتحرير[٦] والدروس[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠]» وقال في «الشرائع»: لو قيل به كان أشبه[١١]، وقد فهم منه في «المسالك[١٢]» أنّه خيرته.

وقال في «المبسوط»: إذا باع وليّ اليتيم حصّته من المشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلّا أن يكون أباً أو جدّاً، لأنّ الوصيّ متّهم فيؤثر تقليل الثمن ولأنّه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والجدّ، انتهى[١٣].

وفيه: أنّ المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر، ثمّ إنّ في خبر السكوني:

(١ و٤ و٨) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٥ ـ ٣٦٦.
(٢ و٩ و١٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٧ و٢٨٨.
(٣ و١٠) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٥.
(٦) تحرير الأحكام: في مستحق الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٧) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦١.
(١١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(١٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٨.

والوكيل.

«وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة[1] فيه» فقد دلّ على كونه مثل الأب في جميع الأُمور حتّى في الأخذ بالشفعة. وظاهر «المختلف[2]» الإجماع على أنّه يجوز للوصيّ أن يشتري لنفسه كالأب والجدّ وهو كذلك.

هذا، ولو رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث في الصحّة كما في «جامع المقاصد[3] والمسالك[4]» لارتفاع التهمة، والاستناد إلى الرضا بالبيع قد تبيّن فساده.

قوله: ﴿والوكيل﴾ أي في الشراء والبيع له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً كما في «جامع المقاصد[5]» وقد نصّ على الحكم في «الخلاف[6] والسرائر[7] والشرائع[8]» وغيرهما[9]. ويأتي[10] في مسقطات الشفعة للمصنّف وغيره أنّه غير مسقط. ومنع من أخذه في «المبسوط[11] والمختلف[12]» واستشكل في «التذكرة[13]».

ومستند الأوّل التهمة في تقليل الثمن وأنّه لا يجوز له شراؤه من نفسه، والأخيرين أنّ قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدّم، وقد عرفت الجواب عنهما

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢٠.
(٢ و١٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١ و٣٥١ و٣٦٠.
(٣ و٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٦.
(٤) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٨.
(٦) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٨ مسألة ٢٧.
(٧) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.
(٨) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٩ و١٣) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٦.
(١٠) سيأتي في ص ٦٧٩ ما يصرّح فيها بأنه تقدّم الكلام في المسألة في أوائل الفصل الثاني ـ أي المقام الثاني ـ ولم يأت هناك بأزيد من ذلك، وكم له من نظير في طيّ الكتاب، فراجع.
(١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.

وتثبت للصغير والمجنون، ويتولّى الأخذ عنهما الوليّ مع المصلحة،

وأنّ المسقط إنّما هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم حصوله عن كونه وكيلاً لأحدهما في العقد، وإلّا فلاريب أنّ من يتوقّع الشفعة راضٍ بوقوع البيع، ويزيد الأوّل أنّ الموكّل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إن وقف على تقصير.

[في ثبوت الشفعة للصغير والمجنون]

قوله: ﴿وتثبت للصغير والمجنون، ويتولّى الأخذ عنهما الوليّ مع المصلحة﴾ قد صرّح بأنّ وليّ الصبيّ اليتيم يأخذ له بالشفعة في «المقنع[1] والنهاية[2]» وزيد الموؤف في «المقنعة[3] والوسيلة[4]» وقد عبّر عن ذلك بأنّ لوليّ غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعة في «الغنية[5] والمراسم[6]» وهو يشمل الصبيّ والمجنون والسفيه. وبالثلاثة عبّر في «الخلاف[7] والمهذّب[8]» ووافقهما على ذلك جماعة منهم المصنّف في الكتاب والمحقّق الثاني كما ستعرف، والأكثرون

---

(١) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٦.

(٢) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(٣) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.

(٤) المذكور في الوسيلة المطبوعة هو قوله: والطفل والوقف إذا كان له غبطته، انتهى. ولم نتفهّم لكلمة الوقف بعد الطفل معنىً مربوطاً بالمقام، ولعلّها لاسيّما بقرينة نقل الشارح عنه كانت الموؤف كما حكاه الشارح عن المقنعة والوسيلة فغيّرها مصحّحها إلى لفظ «الوقف» جهلاً وغفلةً عن عدم ارتباطه بالمقام، فراجع الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.

(٥) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٦) لم نعثر على هذا التعبير في المراسم الّذي بأيدينا، فراجع.

(٧) الخلاف: في ثبوت الشفعة للصبيّ والمجنون ج ٣ ص ٤٤٣ مسألة ١٨.

(٨) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٤.

اقتصروا على الصبيّ والمجنون كما في «التذكرة[١]» وكثير ممّا تأخّر عنها، وفي «الخلاف والغنية والتذكرة» الإجماع كلّ حكاه على ما ذكره. وفي «مجمع البرهان[٢]» أنّ قيام الوليّ مقام المولّى عليه في أخذ الشفعة كأنّه لا خلاف فيه. وفي «جامع المقاصد» لاشبهة في ثبوت الشفعة للصبيّ والمجنون بشروطها، وبه رواية عن عليّ عليه السلام[٣]. وستسمع أن ليس للمجنون في الرواية ذكر. وفي «الكافي[٤] والغنية[٥] والسرائر[٦]» أنّ المطالب بالشفعة للمولّى عليه وليّه أو الناظر في أُمور المسلمين، فقد زادوا الحاكم، وقد يراد من الوليّ في كلام الباقين، فتأمّل.

وأوّل من قيّد ذلك بالمصلحة والغبطة المحقّق في «الشرائع[٧] والنافع[٨]» وتبعه غيره[٩]. وهو المراد بالرغبة في الرواية كما ستسمع. وتركه في كلام المتقدّمين لظهوره ووضوح أنّه لابدّ منه. وقد نبّه عليه في «الخلاف» في المسائل الآتية. نعم ستسمع[١٠] عن فخر الإسلام أنّه يكفي في أخذ الوليّ عدم المفسدة.

وكيف كان، فدليلهم على أخذ الوليّ له بعد الإجماعات أنّه كسائر التصرّفات، مضافاً إلى العمومات المعتضدة بالوجه الظاهر من الحكمة المشتركة وقول أميرالمؤمنين عليه السلام في خبر السكوني المنجبر بعمل الفرقة: «وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٢.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٤.
(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٧.
(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.
(٥) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.
(٦) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(٧) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٨) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٩) كرياض المسائل: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٩.
(١٠) يأتي في ص ٤٨٦.

فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة

يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة فيه» وقال: «للغائب شفعة»[1] وهو وإن خصّ اليتيم والغائب إلّا أنّه لا قائل بالفصل بين الصبيّ والمجنون بل والسفيه، واقتصار بعضهم على الصبيّ لعلّه لاشتراك المجنون بل والسفيه معه في جميع الأحكام إلّا ما قلّ مع المحافظة على مورد النصّ، فتأمّل. وقد سمعت ما في «جامع المقاصد» من جعل الصبيّ والمجنون من سنخٍ واحد حيث نسب ذلك إلى الرواية.

والظاهر أنّ ذلك غير واجب على الوليّ للأصل وعدم تصريح أحد بالوجوب، بل ظاهرهم عدمه حيث يقولون: كان لوليّه، فلوليّه يتولّى الأخذ له الوليّ، ولم يقل أحد على الوليّ أو يجب على الوليّ. نعم احتمل المقدّس الأردبيلي فيما يأتي في مسألة ما إذا أهمل أن يكون إهماله حراماً ثمّ استظهر العدم كما ستسمع. ويعلم من ذلك ثبوتها للمولّى عليه مضافاً إلى عموم أخبار الباب المتناولة للمولّى عليه وغيره.

وأثبت الشهيدان[2] للمفلّس الشفعة وفاقاً «للتذكرة[3]» وقالا: إنّه لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه أو رضي المشتري بذمّته وأخذ تعلّق بالشقص حقّ الغرماء. قال في «الروضة»: ولا يجب عليه الأخذ لو طلبوه منه مطلقاً أي سواء بذلوا له الثمن أو رضي المشتري بذمّته. وتمام الكلام عند تعرّض المصنّف له فيما يأتي.

قوله: ﴿فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة﴾ إذا كان الحظّ في الأخذ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢٠.

(٢) الشهيد الأوّل في الدروس: في اشتراط قدرة الشفيع ج ٣ ص ٣٦٠ والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨١.

وأهمل الوليّ كما في «الخلاف[١] والتحرير[٢] والمقنعة[٣]» في خصوص الصبيّ مع ترك القيد في المقنعة وكما في «الغنية[٤] والسرائر[٥]» مع ترك القيد و«الشرائع[٦] والنافع[٧] والتذكرة[٨] والإرشاد[٩] وجامع المقاصد[١٠] ومجمع البرهان[١١] والكفاية[١٢]» فيه وفي المجنون. وفي «الغنية[١٣]» الإجماع عليه. وكما في «الدروس[١٤] واللمعة[١٥] والمسالك[١٦] والروضة[١٧] والمفاتيح[١٨]» فيهما وفي السفيه.

ودليله فيهما بعد الإجماع معلوماً ومنقولاً أنّ التأخير وقع لعذر وتقصير الوليّ بالتراخي لا يسقط حقّ المولّى عليه. والحقّ ليس متجدّدًا له عند الكمال بل هو مستمرّ، وإنّما المتجدّد له أهلية الأخذ. فالملك باقٍ للمشتري إلى حين الأخذ،

(١) الخلاف: في ثبوت الشفعة للصبيّ و... ج ٣ ص ٤٤٤ مسألة ١٩.
(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٣) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.
(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.
(٥) السرائر: الشفعة فيما لو كان الشريك غير كامل العقل ج ٢ ص ٣٩١.
(٦) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٧) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٨) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٤.
(٩) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٤.
(١٠) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٧.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٥.
(١٢) كفاية الأحكام: في الشفيع ج ١ ص ٥٤٥.
(١٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.
(١٤) الدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع ج ٣ ص ٣٦٠.
(١٥) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.
(١٦) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٦.
(١٧) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.
(١٨) مفاتيح الشرائع: في وجوب المبادرة إلى الشفعة ج ٣ ص ٧٩.

وليس في ذلك إلّا حصول الضرر على المشتري بطول انتظار ارتفاع الموانع، ومقتضى تعارض الضررين الرجوع إلى حكم الأصل. ويدفعه إطباقهم على ذلك، ولعلّه لمكان إطلاق الخبر في ذلك، مع أنّه هو الّذي أدخل الضرر على نفسه بشرائه شقص شريك اليتيم، مضافاً إلى إطباقهم على مثل ذلك في الغائب وإن طالت المدّة، وقال الشهيدان الأقرب أنّ للوليّ ذلك لبطلان الترك[1].

وليعلم أنّ عفو الوليّ كتركه كما نصّ عليه في «التذكرة[2]» وهو قضية كلام الباقين. وفيها وفي «التحرير[3] والإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» أنّه لو عفا الوليّ مع غبطة الأخذ كان للوليّ أيضاً المطالبة، والمصنّف استشكل فيه فيما يأتي[6] من الكتاب من أدائه إلى التراخي، ومن أنّ الحقّ ثابت للطفل، والفرض بطلان العفو، فللوليّ المطالبة به كسائر الحقوق، وتقصيره لا يسقط حقّ الطفل، والمصنّف جعل الفرق بين الوليّ والصبيّ فاستشكل في الأوّل كما عرفت وجزم بأنّ للصبيّ المطالبة عند كماله، أنّ الصبيّ يتجدّد له الحقّ عند بلوغه فلا تراخي، وقد عرفت أنّ المتجدّد له إنّما هو أهلية الأخذ، وقد يراد بالحقّ في كلامه أهلية الأخذ، بل لا يتمّ وجها الإشكال إلّا به، وإلّا لتناقض قوله «من أدائه إلى التراخي» ومن أنّ الحقّ ثابت للطفل عند التأمّل وإمعان النظر.

وليعلم أنّه لا غرم على الوليّ، وقد نصّ عليه في «التحرير[7]». وقال المقدّس الأردبيلي: يمكن أن يكون إهمال الوليّ مع المصلحة حراماً فتسقط العدالة

---

(١) الدروس: في الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠ ومسالك الأفهام: في الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٨٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٥.

(٣ و ٧) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٣.

(٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٤.

(٦) سيأتي في ص ٤٩٥.

إلّا أن يكون الترك أصلح،

والولاية إن كان كبيرة أو مع الإصرار، والظاهر العدم للأصل [١]. ولعلّ احتماله كون الإهمال كبيرة، لأنّه كالإتلاف والإتلاف كالأكل.

قوله: ﴿إلّا أن يكون الترك أصلح﴾ كما في «التذكرة [٢] والتحرير [٣] والإرشاد [٤] وجامع المقاصد [٥] والروضة [٦] ومجمع البرهان [٧]» ومنه ما إذا ترك لإعسار الصبيّ فإنّه ليس له ولا للصبيّ الأخذ بعد يساره كما نصّ عليه فيما يأتي من الكتاب [٨].

ولو كانت الغبطة في الترك فترك أو عفا ثمّ صار الحظّ في الأخذ لم يكن له ولا للصبيّ إذا بلغ الأخذ نصّ عليه في «التحرير [٩]».

وقال في «الخلاف»: إذا كان للصبيّ شفعة والحظّ له في تركه فتركه الوليّ وبلغ الصبيّ ورشد فله المطالبة بالأخذ، وله تركه لأنّها حقّه، وليس على إسقاطها دلالة. وأيضاً جميع العمومات الّتي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضع، ولا دلالة على إسقاطها بترك الوليّ، انتهى [١٠]. ولعلّه لذلك تركه الأكثر، فتأمّل.

وفيه: أنّه إذا كان الحظّ في العفو أو الترك فعفا أو ترك وجب أن يصحّ كما يصحّ له الأخذ عند الحظّ، ولا اعتراض عليه للمولّى عليه، فكذا هنا، لأنّ الوليّ يتبع المصلحة للمولّى عليه، إلّا أن تقول: ليس للوليّ أن يعفو، وإنّما يترك الأخذ إن

(١ و ٧) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٥.
(٣ و ٩) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٤) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٧.
(٦) الروضة البهية: في شرائط الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.
(٨) سيأتي في ص ٤٩٥.
(١٠) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٤ مسألة ١٩ و ٢٠.

لم يكن حظّاً تركاً لا عفواً، فالمولّى عليه بعد الكمال له الخيار، لأنّ المستحقّ للشفعة له أخذها سواء كان فيها حظّ أو لم يكن، وإنّما يعتبر الحظّ في أخذ الوليّ، مضافاً إلى ما يأتي. والحقّ والتحقيق أنّ ترك الوليّ مع المصلحة في الترك لا يسقط شفعة الصبيّ، وفي عفوه حينئذٍ وجهان، ولعلّ الأوجه صحّته، لأنّه وليّ قد تصرّف مع المصلحة. وكيف كان فمختار الخلاف قويّ متين جدّاً، لأنّه لا تعرّض فيه للعفو.

وحكي[1] عن فخر الإسلام أنّ الوليّ لو ترك مع تساوي الأخذ والترك كان للمولّى عليه مع زوال الحجر الأخذ، ولا يشترط في أخذ الوليّ الغبطة بل عدم المفسدة. وعلى الأوّل ـ أي قول المصنّف ومَن وافقه ـ لو جهل الحال في سبب الترك هل هو للمصلحة أو للتقصير ففي استحقاقهم الأخذ وجهان: من وجود السبب فيستصحب، وهو الظاهر من الكتاب كما ستسمع والموافق لشرع الشفعة، إذ احتمال التضرّر بالقسمة الّتي لا تبارح الشركة ثابت لا يزول، فكان الأصل الحظّ في الأخذ بالشفعة إلّا أن يعلم أنّ الحظّ في الترك كأن يباع الشقص بأكثر من ثمن المثل، أو به ولم يكن المولّى عليه مال، ولا تلتفت إلى أنّ الأصل في فعل المسلم الّذي هو الولي وتركه الصحّة، لأنّه إنّما يتمّ إذا كان الأخذ واجباً عليه حتّى يقال إنّ الأصل في المسلم أن لا يخلّ بواجب، فهذا الوجه هو الأصحّ، ومن أنّه مقيّد بالمصلحة وهي غير معلومة. وفي «جامع المقاصد[2]» أنّه وجيه. وفي «الروضة[3]» أنّه أوجه. وقد عرفت الحال في ذلك وأنّه إنّما يتّجه حيث يكون الأخذ مع المصلحة واجباً عليه.

وفي «جامع المقاصد[4]» أنّ قول المصنّف: «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة

---

(١) لم نعثر على قائله حسبما تصفّحناه، فراجع.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في الشفعة ج ٦ ص ٣٦٧.

(٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠١.

ولو أخذ الوليّ مع أولويّة الترك لم يصحّ، والملك باقٍ للمشتري.

إلّا أن يكون الترك أصلح» يقتضي أنّه لو جهل الحال لهما المطالبة بعد الكمال لشمول قوله «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة» لذلك، فلو قيّد بثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متّصلاً، وهو خلاف الظاهر، انتهى. وقد عرفت الحال.

قوله: ﴿ولو أخذ الوليّ مع أولوية الترك لم يصحّ﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] والمسالك[5] وجامع المقاصد» وفي الأخير أنّه لا ريب فيه، لأنّ الأخذ مقيّد بالمصلحة[6].

قوله: ﴿والملك باقٍ للمشتري﴾ كما في «التذكرة[7] والتحرير[8]» وهي من تتمّة قوله «ولو أخذ الولي ... إلى آخره» كما فهمه في «جامع المقاصد» وهو الظاهر من العبارة. ولا يحتمل غيره من عبارتي «التذكرة والتحرير» وحكي في «جامع المقاصد» عن حواشي الشهيد: أنه يمكن أن يكون من تتمّة قوله «ولو ترك فلهما المطالبة بعد الكمال» فيكون جواباً عن سؤال مقدّر تقديره: أنّه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الأخذ إنّما هو بالعقد السابق فينكشف أنّ الملك لم يكن للمشتري، وجوابه أنّ الملك باقٍ للمشتري والأخذ إنّما يفيد الملك من حينه. وقال: إنّه ليس بشيء، لأنّ العبارة تأباه[9].

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.
(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٤.
(٣ و٨) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٤) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦٠.
(٥) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٧.
(٦ و٩) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٨.

وتثبت للغائب

[في ثبوت الشفعة للغائب]

قوله: ﴿وتثبت للغائب﴾ بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في «الخلاف[١]» وبإجماع علمائنا كافّة كما في «التذكرة[٢]» ولا شبهة في ذلك كما في «المسالك[٣]». وقال في «الغنية»: يستحقّ الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلاخلاف وإن كان حاضراً في البلد. وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غَيبته[٤]. وبالحكم صرّح في «المقنع[٥]» وأكثر ما تأخّر[٦] عنه. وقد سمعت[٧] أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قال في خبر السكوني: «للغائب شفعة».

وليعلم أنّ ذلك ثابت له وإن طالت غَيبته كما هو قضية إطلاق النصّ والإجماع والفتاوى. وبه صرّح جماعة[٨]. وذلك إن لم يتمكّن من الأخذ بنفسه أو وكيله كما صرّح بذلك في «التحرير[٩] والمبسوط[١٠] والإرشاد[١١] والدروس[١٢] وجامع

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣١ مسألة ٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٣.
(٣) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٦.
(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٥.
(٥) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٦.
(٦) كما في المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٩، وجامع المقاصد: في الشفعة ج ٦ ص ٣٦٨، ومجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٥.
(٧) تقدّم في ص ٤٧٦ ـ ٤٧٧.
(٨) منهم الشهيدان في الدروس: في الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠، والروضة: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠، والطباطبائي في الرياض: في الشفيع ج ١٢ ص ٣١٩.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٦٠.
(١٠) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٩.
(١١) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(١٢) الدروس الشرعية: في شرائط الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠.

والسفيه

المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] ومجمع البرهان[٤] والكفاية[٥] والمفاتيح[٦]» وهو معنى ما في «التذكرة»، فإن أخّر مع إمكان المطالبة بطلت شفعته[٧].

وقد صرّح في «المبسوط[٨]» وأكثر هذه بأنّه لا عبرة بتمكّنه من الإشهاد[٩]. وظاهر «المسالك» الإجماع عليه ذكره في أواخر الباب[١٠]. وقال في «التحرير»: لو أشهد على المطالبة ثمّ أخّر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته[١١].

وقال جماعة منهم الشيخ في «المبسوط»: إنّ في حكمه المريض والمحبوس ظلماً أو بحقٍّ يعجز عنه[١٢]. وقال الشهيدان[١٣]: إنّه لو قدر عليه ـ أي الحقّ ـ ولم يطالب بعد مضيّ زمان يتمكّن فيه من التخلّص والمطالبة بطلت.

قوله: ﴿والسفيه﴾ قد تقدّم الكلام[١٤] فيه، وقد سمعت إجماع «الخلاف» وكذا «الغنية[١٥]» على ثبوتها له للعموم، والّذي يأخذ له وليّه.

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣.

(٢) مسالك الأفهام: في شرائط الشفعة ج ١٢ ص ٢٨٦.

(٣) الروضة البهية: في شرائط الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٥.

(٥) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

(٦) مفاتيح الشرائع: في وجوب المبادرة إلى مطالبة الشفعة ج ٣ ص ٧٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٣.

(٨ و ١٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٨ و ١٠٩.

(٩) كما في الدروس: في الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠، والمسالك: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٦، ومفاتيح الشرائع: في وجوب المبادرة إلى مطالبة الشفعة ج ٣ ص ٧٩.

(١٠) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٠.

(١١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦١.

(١٣) الدروس الشرعية: في الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠، الروضة البهية: في شرائط الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.

(١٤) تقدّم في ص ٤٧٥ ـ ٤٧٧. (١٥) تقدّم في ص ٤٧٦.

والمكاتب وإن لم يرض المولى.

ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربحٌ أو كان، لأنّ العامل لا يملك بالبيع وله الأُجرة.

[في ثبوت الشفعة للمكاتب]

قوله: ﴿والمكاتب وإن لم يرض المولى﴾ للعموم والتصرّف إنّما وقع له لا للسيّد. ولا فرق فيه بين نوعيه كما هو صريح «الدروس[1] والمسالك[2]» وظاهر إطلاق الكتاب و«الشرائع[3] والتحرير[4]» وغيرها[5] لأنّه قد انقطعت سلطنة المولى عنه، بل له الأخذ من السيّد إن كان هو المشتري، ومن المشترى منه إن كان هو البائع.

[حكم الشفعة في صاحب مال القراض]

قوله: ﴿ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربحٌ أو كان، لأنّ العامل لا يملك بالبيع وله الأُجرة﴾ قد اختلفت كلمتهم في هذا الفرع. ففي «المبسوط»: فهل لربّ المال أن يأخذ بالشفعة أم لا؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال: أحدها أنّه يأخذه بملكه لا بالشفعة. والثاني أنّه يأخذه بالشفعة. والثالث أنّه ليس له أن يأخذه بالشفعة (بشفعة ـ خ ل) ولا بغير شفعة[6]. ولم يرجّح شيئاً. وما في الكتاب يوافق ما في «التحرير[7]» ويقرب منهما ما في

---

(١) الدروس الشرعية: في شرائط الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠.

(٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٩.

(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.

(٤ و٧) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.

(٥) كجامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٨.

(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

«الشرائع» إلّا أنّ ظاهرها خلاف ذلك فيما إذا ظهر ربح، قال: ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً وصاحب المال شفيعه فقد ملك بالشراء لا بالشفعة، ولا اعتراض للعامل إن لم يكن ظهر ربح، وله المطالبة بأُجرة عمله[1]. وقضيّته أنّ له الاعتراض إن ظهر ربح، والموافق لقواعد الباب وباب المضاربة ما في «الدروس[2]» قال: ليس للمالك أخذ ما شراه العامل بالشفعة بل له فسخ المضاربة فيه، فإن كان فيه الربح ملك العامل نصيبه وإلّا فله الأُجرة، انتهى.

وإيضاح المسألة وبيان معنى العبارة أن يقال: إذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لصاحب المال فيه شركة ملك صاحب المال الشقص بالشراء لابالشفعة، لأنّه اشتراه بعين ماله فيقع الشراء له، ولا يعقل أن يستحقّ الإنسان أن يملك ملكه بسببٍ آخر، وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص. هذا إذا لم يكن هناك ربح أو كان وقلنا: إنّ العامل إنّما يملك نصيبه منه بإنضاض لا بالظهور، ولو قلنا: إنّه يملك بالظهور فمقتضى قواعد المضاربة أنّه يصير شريكاً في الشقص لصاحب المال سواء فسخ المضاربة أم لا. ومقتضى قواعد الشفعة أن ليس له في نصيب العامل شفعةً، لأنّ العامل لم يملك هذا النصيب بالشراء، وإنّما ملكه بظهور الربح سواء قارن الشراء أم تأخّر، وليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصّة الّتي ملكها بظهور الربح بأن يفسخ المضاربة ويردّه إلى الأُجرة. وإلى ذلك أشار الشهيد في «الدروس[3] وحواشيه[4] على الكتاب» وهو المفهوم من مفهوم عبارة «الشرائع» لكن قضيّة كلام «الكتاب والتحرير» أنّ لصاحب المال ذلك.

ووجّهه له في «جامع المقاصد» بأنّ العامل وإن استحقّ الحصّة من الربح

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٥.

(٢ و٣) الدروس الشرعية: في الشفعة ج ٣ ص ٣٦٠.

(٤) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٤ س ١١ (مخطوط في مكتبة مركز الدراسات والأبحاث الإسلامية).

بالظهور إلّا أنّ استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلّط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإنّ الشركة إن لم تكن موجبة لاستحقاقه التملّك لكونه مالكاً حقيقةً فلتكن رافعة لتملّك العامل بعض العين، ومتى فات حقّه من الربح استحقّ أُجرة المثل[1]. وقد أخذه ممّا حكاه في «التذكرة[2]» عن بعض الشافعية من أنّ للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة، لأنّه لمّا امتنع استحقاقه الشفعة فلا أقلّ من أن يستحقّ قطع سلطنة العامل عن الشقص، لأنّه ممكن، فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا، كما تقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى، فإنّه يكون للمولى فكّه من الرهن بسبب الجناية، وحينئذٍ فيكون على صاحب المال أُجرة المثل عن عمله لكونه محترماً سواء ظهر ربح أم لا.

ويرد عليه أنّ الفسخ لا يسقط حقّ العامل من الربح الّذي قد استحقّه قبل الفسخ إنّما يؤثّر بالنسبة إلى المستقبل، والجناية الموجبة للقصاص ليست مالاً. ويشهد لما في الكتاب أنّ ما ذكرناه وذكره الشهيد ثابت في جميع أقسام المضاربة، فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ. ويجاب بأنّه إنّما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهّم أنّه له أخذه بالشفعة وأنّ الاستحالة ممنوعة، لمكان ثبوت مثله في الجناية. فقول المصنّف «لأنّ العامل لا يملكه بالبيع» تعليل لقوله «يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة» على تقدير الربح. ومعناه أنّ استحقاق العامل متأخّر عن العقد فلا يمكن أخذه بالشفعة. وفيه تنبيه على استحقاق صاحب المال العين واختصاصه بها دون العامل وإن ظهر ربح، لأنّ حقّ المالك وهو الاختصاص بسبب الشركة فلا يزيله الحقّ الطارئ، بل للمالك فسخ

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٣.

وأمّا المأخوذ منه: فهو كلّ مَن تجدّد ملكه بالبيع، واحترزنا بالتجدّد عن شريكين اشتريا دفعةً.

استحقاقه وينتقل إلى أُجرة المثل، كذا في «جامع المقاصد».

ولا ترجيح في «التذكرة[1]» وإنّما حكى عن العامّة ثلاثة أقوال: أحدها ما سمعته. والثاني أنّه يثبت له كما يثبت له على عبده المرهون حقّ الجناية. والثالث عدم الثبوت.

وبقي هنا شيء يرد على ظاهر العبارة وما كان نحوها وهو أنّه إذا لم يظهر الربح أو ظهر فإنّ المضاربة تبقى على حالها إن لم يفسخ صاحب المال ولا أُجرة للعامل بل له ما شرط له من الربح، ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، لأنّ جميع مال القراض مملوك لصاحب المال وإن لم يكن في شركته، فالعبارات محمولة على ما إذا فسخ القراض، ولعلّ الترك لمكان شدّة الظهور.

[فيمن يؤخذ منه المال بالشفعة]

قوله: ﴿وأمّا المأخوذ منه: فهو كلّ مَن تجدّد ملكه بالبيع، واحترزنا بالتجدّد عن شريكين اشتريا دفعةً﴾ إذ ليس لأحدهما على الآخر شفعة، لعدم الأولوية وعدم إمكان الشركة. وفي «جامع المقاصد» أنّ في كون هذا احتراز عن الشريكين دفعة مناقشة، لأنّ كلّاً منهما يصدق عليه الضابط المذكور، وهو أنّه تجدّد ملكه بالبيع، ولو قال: هو كلّ مَن تجدّد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك، لكان أولى[2]. فتأمّل، لأنّه أيضاً لا يجدي في الاحتراز، ومراد

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

(٢) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٠.

ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثمّ فسخ السيّد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة.

ولو اشترى الوليّ للطفل شقصاً في شركته جاز أن يأخذ بالشفعة.

المصنّف تجدّد ملكه على ملك شريكه فتندفع المناقشة.

قوله: ﴿ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثمّ فسخ السيّد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة﴾ كما هو خيرة «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]». قال في «التحرير»: لو باع المكاتب المشروط شقصاً على مولاه بنجومه ثمّ عجز فالأقرب ثبوت الشفعة مع احتمال بطلانها لخروجه عن كونه مبيعاً، انتهى. ووجه بقاء الشفعة أنّ التصرّفات السابقة منه كانت صحيحة معتبرة، وقد انقطعت سلطنة السيّد عنه حينئذٍ. ووجه غير الأقرب أنّ الكتابة بطلت بفسخها فبطل العوض الّذي هو ثمن المبيع، فبطل البيع فكيف تثبت الشفعة! وفيه: أنّ الكتابة إنّما تبطل من حين الفسخ لا قبله فلا يبطل البيع السابق. وعن الشهيد[3] في «حواشيه» أنّه احتمل أن تكون الباء في العبارة للسببية بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخصٍ آخر، فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيّد إن كان هو الشريك أو غيره على المشتري إن كان هو السيّد أو غيره وجعله أولى، لأنّ البيع بمال الكتابة لا يتمّ إلّا إذا اُريد به البيع لبعضه. قال في «جامع المقاصد»: وفيه أنّه يمكن البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول، انتهى[4]. وفيه نظر واضح.

قوله: ﴿ولو اشترى الوليّ للطفل شقصاً في شركته جاز أن يأخذ

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٩.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧١.

(٣) الحاكي عنه هو المحقّق الكركي في جامعه: ج ٦ ص ٣٧١.

ولو حابى في مرض الموت، فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمّى، وإلّا ما يخرج منه بالنسبة وإن كان الوارث الشفيع.

بالشفعة﴾ هذا تقدّم الكلام[١] فيه حيث قال: وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال. وعن الشهيد[٢] أنّه نزّل التكرار على أحد أمرين: تخصيص الإشكال السابق بالبيع، والرجوع عن الإشكال إلى الجزم، قال في «جامع المقاصد»: إنّه تكلّف بيّن[٣].

[في أخذ الشفعة لو باع المريض محاباةً]

قوله: ﴿ولو حابى في مرض الموت، فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمّى﴾ أي لو باع المريض بيعاً فيه محاباة أي عطيّة كأن باع بدون ثمن المثل، فإن خرجت المحاباة من الثلث ـ بناءً على أنّ تبرّعات المريض إنّما تكون من الثلث ـ فالبيع صحيح ويأخذ الشفيع بالمسمّى كما هو ظاهر.

قوله: ﴿وإلّا ما يخرج منه بالنسبة﴾ أي وإن لم تخرج المحاباة من الثلث أخذ ما يخرج من المبيع بنسبته من الثمن لا بكلّ الثمن، لأنّه لا يبطل من المبيع شيء إلّا ويبطل من الثمن ما يقابله، كما هو خيرة المصنّف في أكثر كتبه[٤] والمحقّق الثاني[٥] والشهيد الثاني[٦]، لأنّ فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه

---

(١) تقدّم في ص ٤٧٢.
(٢) الحاكي عنه هو المحقّق الكركي في جامعه: ج ٦ ص ٣٧٢.
(٣ و٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٢.
(٤) تذكرة الفقهاء: في تفريق الصفقة من البيع ج ١٢ ص ٢٤، تحرير الأحكام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.
(٦) حاشية الإرشاد المطبوعة في ذيل غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣٤.

في قدره من الثمن لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما أنّه لايجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً فكذا لايجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، وإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأنّ المانع في الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر، كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما أخذ المشتري الاُخرى بقسطها من الثمن.

فإذا باع داراً هي مجموع تركته قيمتها مائتان بمائة صحّ البيع في ثلثي الدار بثلثي المائة كما يأتي[1] بيانه. ويلزم الشيخ[2] والأكثر أنّ الشفيع يأخذ ما يخرج من المبيع بكلّ الثمن، لأنّهم ذهبوا إلى أنّه يصحّ البيع في الفرض، والمثال في النصف في مقابلة المائة وفي الثلث بالمحاباة ويبطل في السدس الباقي فيرجع إلى الورثة. ووافقهم عليه المصنّف في «التلخيص» على ما حكي[3]. ونسبه في عدّة مواضع من وصايا «الكتاب[4] والتذكرة[5]» وولده في وصايا «الإيضاح[6]» إلى علمائنا، لأنّ المشتري قد كان ملك الجميع بالثمن ملكاً متزلزلاً يستقرّ بالبرء، فلمّا فرض موته ردّ إلى الورثة من التركة السدس عملاً بأصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه مازاد عن الثلث ممّا لا عوض عنه فيبقى الباقي، ولأنّ العقد قد اشتمل على بيع وعطية، ومحلّ العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع، لأنّ معنى العطية هنا إزالة المريض ملكه تبرّعاً من غير لزوم، وهو لا يتحقّق إلّا في الزائد، فيكون محلّ البيع هو الباقي، فكأنّ العقد واقع بكلّ الثمن على الباقي.

---

(١) يأتي في ص ٥٤٠ ـ ٥٤٣ وص ٦٨٩ ـ ٦٩٠.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٤.

(٣) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣٤.

(٤) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣٦ و٥٣٧ و٥٤٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٥١٨ س ٧.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوصايا ج ٢ ص ٦٠٤.

وأجاب الشهيد[١] عمّا استند إليه المصنّف بأنّ المتنازع فيه قد اشتمل على بيعٍ وهبة، ولهذا يسمّى بيعاً مشتملاً على المحاباة، فحينئذٍ لا مساواة بينه وبين ما مثّل به، لأنّ ذلك بيع محض ولا محذور لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله.

وفي الدليل والجواب نظر:

أمّا الأوّل فلأنّ البطلان في قدر الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابله من الثمن كما تقدّم، ومعه لا يبقى الأصل مستمسكاً في اللزوم بالنسبة إلى مجموع الثمن.

وأمّا الثاني: فإنّا نمنع اشتمال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال، وإنّما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبة وليس للهبة فيه ذكر، ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة أن يتخلّف عن البيع مقتضاه، وهو مقابلة الجميع بالجميع، وقد حكموا[٢] بمثل ذلك فيما إذا كان العوضان ربويّين، كما إذا كان جميع تركته كرّاً من طعام قيمته ستّة دنانير فباعه بكرّ رديّ قيمته ثلاثة، فالمحاباة هنا أيضاً بنصف تركته، ولا يمكن هنا الحكم بصحّة البيع فيما قابل الثمن خاصّة من المبيع وفي مقدار الثلث بعد ذلك والبطلان في الزائد وهو السدس، كما قاله الشيخ والجماعة هنا للزوم الربا، لأنّه يكون قد صحّ البيع في خمسة أسداس كرّ بكرّ، فلابدّ من مراعاة المطابقة بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض والثلث إلى المشتري، فقالوا: إنّه يردّ على الورثة ثلث كرّهم وقيمته ديناران ويردّون عليه ثلث كرّه وقيمته دينار، فيصحّ البيع في ثلثي كلّ واحدٍ منهما بثلثي الآخر.

ولبيان ما صحّ فيه البيع في مسألة الدار على مختار المصنّف طريقان:

---

(١) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣٤.

(٢) كما في إرشاد الأذهان: في الوصايا ج ١ ص ٤٦٦، وغاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٨ والمسالك: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٦.

وللوليّ البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر، وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة.

أحدهما: أن يسقط الثمن من قيمة المبيع وتنسب الثلث إلى الباقي، فيصحّ البيع بقدر تلك النسبة، ففي المثال تسقط الثمن وهو المائة من قيمة المبيع وهو المائتان، فإنّه يبقى مائة، وينسب ثلث التركة وهو ستّة وستّون، وثلثان إلى الباقي بعد الإسقاط وهو المائة، فيكون ثلثيه، فيصحّ البيع في ثلثيه بثلثي الثمن.

والثاني: أن تقول: صحّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو نصف ما صحّ من العبد، فهو نصف شيء، فالمحاباة بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثة شيء وهو ضعفها. وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء، فيبقى لهم نصف شيء يجب أن يرجع إليهم من العبد فيبطل فيه البيع ويبطل في مقابله من الثمن وهو ربع شيء، فيجب أن يقسّط المبيع على شيء ونصف، فيكون العبد في تقدير شيء ونصف، فالشيء ثلثاه وهما للمشتري، وهو ما زاد على قدر الثمن ممّا صحّ فيه البيع، والنصف للورثة ويكون الثمن في تقدير ثلاثة أرباع شيء نصف شيء مع الورثة وربع مع المشتري. وتمام الكلام في باب الوصايا[1].

[للوليّ البائع عن أحد الشريكين أخذ الشفعة للآخر]

قوله: ﴿وللوليّ البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر﴾ هذا يعلم حكمه ممّا تقدّم ولا يرد الإشكال بالرضا كما عرفت. ولا بُعد في الفرض، لأنّ أحدهما قد يحتاج إلى البيع والآخر إلى الأخذ.

قوله: ﴿وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة﴾ المراد بالوكيل مَن

---

(١) سيأتي في ص ٥٦٩ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليّه الأخذ بالشفعة إلّا بعد أن يولد حيّاً.

كان له نيابة الأخذ لعموم التوكيل، فيأخذ مع المصلحة، وله أن يعفو، أمّا لو كان وكيلاً في الأخذ بالشفعة أخذ وإن لم يكن مصلحة. والوكيل في البيع خاصّة ينعزل بفعله وليس له الأخذ بالشفعة. ولو وكّل الشريك شريكه في البيع فباع فله الأخذ بالشفعة، وكذا لو وكّل إنسان أحد الشريكين ليشتري الشقص من الآخر فاشتراه فله الأخذ بالشفعة، ولا يرد الإشكال بالرضا ولا بالتهمة كما تقدّم[1]. وقول أبي حنيفة[2] فاسد من أنّ المبيع ينتقل أوّلاً إلى الوكيل ثمّ عنه إلى الموكّل، فلو أخذ بالشفعة استحقّها على نفسه.

قوله: ﴿ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليّه الأخذ بالشفعة﴾ وهو حمل كما في «التذكرة[3] والتحرير[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6]» لعدم تيقّن حياته ولا ظنّها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب بخلاف الغائب. والحمل لا يملك بالابتداء إلّا الإرث والوصية. وقضية كلامهم أنّه لا يفرّق فيه بين مَن مضى له أربعة أشهر أو خمسة ومَن لم يمض له ذلك، فالمراد به ما لم يولد حيّاً، كما إذا كانت بينهما دار، فمات أحدهما عن حملٍ فباع الآخر نصيبه.

قوله: ﴿إلّا بعد أن يولد حيّاً﴾ يريد أنّه لو انفصل حيّاً كان لوليّه الأخذ بالشفعة أو له بعد كماله كما هو خيرة «التذكرة[7]» لتناول دلائل الشفعة له. وفي «جامع

---

(١) تقدّم في ص ٤٧٥ ـ ٤٧٧. (٢) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٤٢.
(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٣.
(٤) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٢.
(٥) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦١.
(٦) جامع المقاصد: في الأخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٤.
(٧) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٣.

ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للوليّ أيضاً المطالبة على إشكال، ينشأ من أدائه إلى التراخي بخلاف الصبيّ عند بلوغه لتجدّد الحقّ له حينئذٍ. ولو ترك لإعسار الصبيّ لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا للصبيّ.

والمغمى عليه كالغائب.

المقاصد» أنّ فيه قوّة[1]. وتردّد في «الدروس[2]» واقتصر في «التحرير[3]» على ذِكره احتمالاً، فهو متردّد أيضاً. ولعلّ احتمال العدم لأنّه لا يملك بالابتداء سوى الأمرين المتقدّمين، فلا يمكن إنشاء ملك له ويشكل بأنّه لو لم يكن له صلاحية الملك لم يرث.

قوله: ﴿ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للوليّ أيضاً المطالبة على إشكال، ينشأ من أدائه إلى التراخي بخلاف الصبيّ عند بلوغه لتجدّد الحقّ له حينئذٍ﴾ قد تقدّم الكلام[4] في ذلك مستوفىً مسبغاً عند قوله «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة».

قوله: ﴿ولو ترك لإعسار الصبيّ لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا للصبيّ﴾ هذا أيضاً قد تقدّم الكلام[5] فيه في ذلك المقام.

[في ثبوت الشفعة للمغمى عليه]

قوله: ﴿والمغمى عليه كالغائب﴾ كما في «التحرير[6] والدروس[7] وجامع

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٦.
(٢ و٧) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦١.
(٣ و٦) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.
(٤ و٥) تقدّم في ص ٤٧٥ ـ ٤٧٧.

وللمفلّس الأخذ بالشفعة،

المقاصد[1]» تنتظر إفاقته كما في «التحرير» وإن تطاول الإغماء. ولا ولاية لأحد عليه، فلا يتصوّر الأخذ عنه كما في «الدروس وجامع المقاصد» وإن أخذ أحد له لغى، وإن أفاق وأجاز ملك من حين الإجازة لا قبلها، فالنماء للمشتري قبلها كما في «الدروس» ولعلّه لأنّه لا مجيز له في الحال، فيكون كالصبيّ الّذي لا وليّ له حيث يبيع أو يشتري له الأجنبيّ فضولاً في أحد القولين، لكنّه خلاف مختاره في البيع، لأنّه لا يشترط فيه هذا الشرط وأنّه ممّن يقول إنّ الإجازة كاشفة. فيكون نظره إلى أنّ الأخذ لا يصحّ إلّا للشريك أو وكيله الخاصّ أو العامّ، والآخذ هنا ليس أحدها فيجري ذلك في الصبيّ والمجنون والغائب فيصير الحاصل أنّه لا فضوليّ في الشفعة، ولعلّه لأنّها على خلاف الأصل فيقتصر فيها على محلّ الوفاق، والّذي يقتضيه النظر بعد ثبوتها ثبوته.

[في ثبوت الشفعة للمفلّس]

قوله: ﴿وللمفلّس الأخذ بالشفعة﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والروضة[6]» بل لم يحك فيه من العامّة خلاف، لأنّ الغرماء قد يرضون بدفع الثمن، كما أنّ المشتري قد يرضى بكونه في ذمّته، فلم يكن من لوازمه التصرّف فيما تعلّق حقّهم به، فينتفي المانع

(١ و٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨١.
(٣) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.
(٤) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦٠.
(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠١.

وليس للغرماء الأخذ بها، ولا إجباره عليه، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظّ. نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها، فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلّق حقّ الغرماء بالمشفوع،

من الأخذ، فيعمل بالعموم الشامل لذلك.

قوله: ﴿وليس للغرماء الأخذ بها ولا إجباره عليه ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظّ﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» وكذا «الروضة[3]» في الحكم الثاني. أمّا الأوّل فلأنّه لا ملك لهم ولا ملك له قبل الأخذ ليثبت لهم استحقاقه. وأمّا الثاني فلأنّه لا يجب عليه الاكتساب لهم. وأمّا الثالث فلأنّ ذلك حقّ له وليس من لوازمه التصرّف في الأموال الّتي تعلّقت حقوقهم بها، ولا تعلّق لهم بذلك وإن لم يكن له في الأخذ حظّ وغبطة.

قوله: ﴿نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها﴾ كما في «التذكرة[4] والتحرير[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والروضة[8]» لأنّهم قد تعلّقت حقوقهم بأمواله السابقة والمتجدّدة ولو بهبة واكتساب.

قوله: ﴿فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلّق حقّ الغرماء بالمشفوع﴾ كما في «التحرير[9] والدروس[10] وجامع المقاصد[11]» ومعناه أنّه إذا أخذ، فإن رضي الغرماء بدفع الثمن أو رضي المشتري بالصبر فقد استقرّ ملكه وتعلّق حقّ الغرماء به.

(١ و ٥ و ٩) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.
(٢ و ٧ و ١١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٥ و ٣٧٦.
(٣ و ٨) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠١.
(٤) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨١.
(٦ و ١٠) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦٠.

وإلّا كان للمشتري الانتزاع.

وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة، ولا يصحّ عفوه.

ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح،

قوله: ﴿وإلّا كان للمشتري الانتزاع﴾ أي وإن انتفى رضا الغرماء ورضا المشتري كان للمشتري الانتزاع للضرر بأخذ الملك منه قهراً من غير دفع ثمن.

[في ثبوت الشفعة للعبد المأذون في التجارة]

قوله: ﴿وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» لأنّه من جملة أقسام التجارة، وللسيّد إسقاطها حينئذٍ كما في «التحرير».

قوله: ﴿ولا يصحّ عفوه﴾ كما في الأوّلين[5] والأخير[6]، قال في «التذكرة» بخلاف الوكيل العامّ فإنّه إذا عفا مع الغبطة يصحّ عفوه. والفرق كما في «جامع المقاصد» أنّ الإذن للعبد استخدام له، وهو أضعف من التوكيل، ولهذا ينعزل بالإباق[7]. فليتأمّل جيّداً، لأنّ الأقوى صحّة عفوه.

قوله: ﴿ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح﴾ كما في «التذكرة[8] وجامع المقاصد[9]» وكذا «التحرير[10]»

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٢.

(٢ و١٠) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.

(٣) الدروس الشرعية: في ثبوت الشفعة للوليّ و... ج ٣ ص ٣٦٠.

(٤ و٦ و٧ و٩) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٢، وتحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.

ومطلقاً إن أثبتناها مع الكثرة، فإن تركها فللمالك الأخذ، وقيل: تثبت مع الكثرة، فقيل: على عدد الرؤوس،

لكنّه لم يقيّد بعدم الربح بل قيّد بالغبطة، ولابدّ من التقييد بهما، لأنّه نائب عن المالك في التصرّف بكلّ ما يشتمل على الغبطة، فكان المقتضي موجوداً والمانع منتفٍ حينئذٍ لعدم تكثّر الشركاء.

قوله: ﴿ومطلقاً إن أثبتناها مع الكثرة﴾ أراد بالإطلاق الأخذ مع الربح وعدمه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة. وأمّا على القول باشتراط وحدة الشريك فليس له ذلك مع الربح، لأنّه يكون شريكاً للمالك في الشقص فيتعدّد الشركاء.

قوله: ﴿فإن تركها فللمالك الأخذ﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» لأنّه لا يسقط حقّه بترك العامل ولو كان ذلك مع المصلحة على الأشبه كأن كان قد عفا عنها كما هو قضية إطلاق الأوّلين، وقد احتمله في الثالث بل كاد يكون صريح الثاني حيث أتى بلفظ «عفا» وإن لم يقيّده بالغبطة، لأنّ إطلاق عقد القراض لا يقتضي عموم التصرّفات، إلّا أن ينصّ له على ما يشمل ذلك، فلم يكن كالوكيل، وليلحظ الفرق بين أخذ المضارب وتركه.

قوله: ﴿وقيل: تثبت مع الكثرة﴾ قد تقدّم الكلام[4] فيه مسبغاً مشبعاً وقد استطرد إلى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة وكأنّه غير مناسب.

قوله: ﴿فقيل: على عدد الرؤوس﴾ القائل به الصدوق في «الفقيه[5]» فإنّه روى فيه رواية طلحة بن زيد الّتي فيها: «أنّ عليّاً أمير المؤمنين عليه السلام قال: إنّ الشفعة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٢.

(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٣.

(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٧.

(٤) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٦٢.

(٥) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ح ٣٣ ٧٧ و ٧٧٣٤ ج ٣ ص ٧٧.

وقيل: على قدر السهام.

على قدر الرجال» ورواية السكوني [1] الناطقة بذلك، واحتجّوا له بأنّ سبب الاستحقاق الشركة في الجملة ولو بأقلّ جزء فيستوي فيه القليل والكثير، وحاصله أنّ الشركة في البعض القليل سبب في استحقاق الكثير، والأصل عدم التفاضل، ولامخرج عنه، لأنّ كلّ واحدٍ منهم لو انفرد كان له أخذ الكلّ وإن قلّ نصيبه، فإذا اجتمعوا اشتركوا. وقد ينقض بالفارس والراجل في الغنيمة وأصحاب الديون فإنّ مَن انفرد منهم استحقّ الكلّ في الغنيمة والدَين وإذا اجتمعوا تفاضلوا. وفيه: أنّ الفرس كالفارس فلا تفاضل في الحقيقة والدّين كالكسب للحاصل لأرباب الديون فكانوا فيه على قدر رؤوس أموالهم.

قوله: ﴿وقيل: على قدر السهام﴾ قاله أبو عليّ، وقال: إنّه يجوز قسمتها على عدد الرؤوس حكى ذلك عنه في «المختلف [2] والدروس [3]» فيكون مختاره التخيير. واحتجّ له في «المختلف [4]» وغيره [5] على الأوّل بأنّ المقتضي للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علّته. وأجابوا بأنّه ينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للشدّة والضعف، فتأمّل، فقول الصدوق أمتن كما قاله أبو العبّاس [6]، وأوجه كما قاله الكركي [7].

---

(١) الموجود في الفقيه: «إسماعيل بن مسلم» بدل «السكوني».
(٢) نقل عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٦.
(٣) الدروس الشرعية: في الشفعة ج ٣ ص ٣٥٨.
(٤) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٦.
(٥) كما في المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٨.
(٦) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٨.
(٧) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٧٨.

فروعٌ على القول بالثبوت مع الكثرة

الأوّل: لو كان لأحد الثلاثةالنصف وللآخرالثلث وللثالث السدس فباع أحدهمفانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العدّة قسّمت المشفوع عليهاويصير العقاربين الشفعاء على تلك العدّة.

قوله: ﴿فروع على القول بالثبوت مع الكثرة﴾، قد جرت عادتهم أن يفرّعوا على القول بثبوتها مع الكثرة وإن لم يقولوا به، وهي كثيرة لا تتناهى، وقد فرّع في «المبسوط[1]» وغيره[2] جملةمن الفروع، وذكر المصنّف هنا ثمانية، والمحقّق عشرة[3]، والشهيد اثني عشر[4]. والغرض تشحيذ الذهن بالفروع الدقيقة مع أنّه قد ينتفع بها علىالقول باشتراط الوحدة على تقدير موت الشفيع قبل الأخذ وتوريثها.

[فيما لو كان سهام الشركاء مختلفة]

قوله: ﴿**الأوّل: لو كان لأحد الثلاثة النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العدّة قسّمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدّة**﴾ لم يذكر هذا الفرع في غير الكتاب والتذكرة[5]، ويعلم منه ومن ضابطه استخراج حقّ كل واحد من الشفعاء على رأي أبي عليّ في كلّ فرض تفرضه ويكون ممكناً فلا يصحّ أن يفرض لأحدهم النصف وللآخر الثلث

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٤ ـ ١١٥.
(٢) كمسالك الأفهام: في فروع الشفعة ج ١٢ ص ٢٩١.
(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٨.
(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٧ ـ ٣٨٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٥.

فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة: اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم، فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك. ولو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعاً: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه. ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين أخماساً: لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان.

وللثالث الربع. وتحقيق هذا الضابط أن تنظر إلى مخرج سهام جميع الشركاء فتأخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت عدّة سهامهم ـ أي الشفعاء ـ قسّمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كلّه بين الشفعاء على عدّة سهامهم، فسهام الشركاء في المثال المذكور ستّة، وذلك لأنّها مخرج السدس، وأمّا مخرج الثلث ومخرج النصف فداخلان، ولو كان لأحدهم النصف وللثاني الربع وللثالث الربع أيضاً فباع الثاني أو الثالث كانت سهام الشركاء اثني عشر، لانكسارها في مخرج الثلث، فتضرب ثلاثة في أربعة، فلصاحب النصف ثلثا المبيع اثنان ولصاحب الربع ثلثه واحد، فيصير لصاحب النصف ثمانية ولصاحب الربع أربعة.

قوله: ﴿فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة: اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم، فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك. ولو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعاً: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه. ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين أخماساً: لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان﴾ الوجه في الجميع ظاهر، لأنّه في الأوّل إذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعاء ثلاثة لأنّ صاحب الثلث له سهمان من ستّة هي الثلث ولصاحب السدس سهم، فإذا أخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك أي أثلاثاً. وإذا باع صاحب الثلث كما في

وعلى الآخر يقسّم المشفوع نصفين.

الثاني: لو ورث أخوان أو اشتريا دفعةً فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمّه.

الفرض الثاني كانت سهام الشفعاء أربعة: النصف وهو ثلاثة من ستّة والسدس، فتكون الشفعة أرباعاً. ولا نصف لكلّ سهم من سهمي الثلث، فنضرب اثنين في ستّة يبلغ اثني عشر لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث وللآخر الربع فيكون العقار بينهم أرباعاً. وإذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما أخماساً لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان، لأنّ سهامهما خمسة، ولا خمس للواحد، فنضرب خمسة في ستّة فيبلغ ثلاثين، وسدسها خمسة تقسّم بينهما أخماساً، فيكون العقار بينهما أخماساً.

قوله: ﴿وعلى الآخر يقسّم المشفوع نصفين﴾ أي على القول وهو قول الصدوق[1] بأنّ القسمة على عدد الرؤوس.

[فيما لو ورث أو اشترى أخوان دفعةً]

قوله: ﴿الثاني: لو ورث أخوان أو اشتريا دفعةً فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمّه﴾ قد ذكر هذا الفرع وحكمه المذكور هنا في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» وقد نبّهوا بذلك على خلاف الشافعي[8] في القديم

---

(١) من لا يحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٨٠.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٢.
(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٨.
(٤) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٦.
(٥) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٧.
(٦) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٠.
(٧) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٣٠٦.
(٨) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٢٥.

الثالث: لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري، وقيل بالشركة.

ومالك حيث ذهبا إلى اختصاص الأخ بالشفعة استناداً إلى أنّ ملكه أقرب إلى ملك الأخ، لأنّهما ملكا بسببٍ واحد، وأنّه إذا ظهر على أبيهما دَين بيع ملكهما لا ملك العمّ، وإذا كان أقرب ملكاً كان أحقّ بالشفعة كالشريك مع الجار. وردّوه بأنّ النظر إلى ملك الشريك لا إلى سببه، لأنّ الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف. وقال في «الشرائع»: وكذا لو كان وارث الميّت جماعة[1]. ومعناه أنّه لا فرق بين الاثنين والجماعة، ولعلّه من بيان الواضحات، والّذي دعاه إلى ذلك أنّه قال: لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما ورثه اثنان فباع أحد الوارثين ... إلى آخره، أو أنّه أراد أن ينبّه على ما ذكره الشافعي من أنّ هذا الحكم لا يختصّ بالأخ والعمّ، بل في كلّ صورة ملك شريكان عقاراً بسبب واحدٍ وغيرهما من الشركاء بسببٍ آخر، فتدبّر. وعلى كلّ حال فقوله في «المسالك» في تفسير هذه العبارة «وكذا الحكم لو ورث الميّت جماعة»: إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد والجماعة[2]، غير جيّد.

[فيما لو باع احد الشركاء سهمه من أحدهم]

قوله: ﴿الثالث: لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري﴾ كما هو خيرة «الخلاف[3]» في موضع منه و«الدروس[4]» لأنّ الشفعة للإنسان على نفسه غير معقولة، لامتناع أن يستحقّ الإنسان تملّك ملكه بها.

قوله: ﴿وقيل بالشركة﴾ كما هو خيرة «الخلاف[5]» في موضعٍ آخر

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٨.

(٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٠٧.

(٣ و٥) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨ و٤٥٢ مسألة ٢٦ و٣٥.

(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٩.

و«المبسوط[١]». وفي «الشرائع» لعلّه أقرب[٢]. وفي «المختلف» أنّه أوجه[٣]، وفي «جامع المقاصد» أنّه أصحّ[٤]. وفي «المسالك» فيه قوّة[٥]. وهو الظاهر من «التذكرة[٦]».

واستقرّ كلام «التحرير[٧]» على التردّد ونسبه ـ أي التردّد ـ في «الدروس[٨]» إلى الخلاف. والموجود فيه أوّلاً الجزم بالأوّل ثمّ إنّه بعد سبع مسائل قال: إنّ الثاني أقوى. واستدلّ عليه فيه بأنّهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة، لأنّه لا دليل على ذلك[٩]. وحاصله ما فصّله في «جامع المقاصد» من أنّهما مشتركان في العلّة الموجبة لها، ولا يمتنع أن يستحقّ تملّك الشقص بسببين: البيع والشفعة، لأنّ علل الشرع وأسبابه لمّا كانت معرّفات لم يمتنع اجتماع علّتين على معلول واحد، وأنّ للشفعة أثراً آخر، وهو منع الشريك الآخر تملّك مقدار مشفوعه بالشفعة ولا مانع منه[١٠].

قلت: المدار على الأخير وبه فسّر الاستحقاق في «التحرير[١١] والدروس[١٢]» قالا في بيان ذلك: إنّه يمنع الغير من أخذ نصيبه لا بمعنى أنّه يأخذ من نفسه، وليس فيه إلّا ما يقال: إنّ استحقاق الملك ومنع الشريك من تملّكه معلولا علّةٍ واحدة، وهو استحقاق الشفعة، فيمتنع تخلّف أحدهما عن الآخر، وقد امتنع الأوّل من جهة استلزامه المحال فينبغي أن يمتنع الآخر[١٣]. وفيه: أنّ مثله كثير في الشرع كما في

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٢.
(٢) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٧.
(٣) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٨.
(٤ و١٠) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨١ و٣٨٠.
(٥ و١٣) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٨.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٣٧.
(٧ و١١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٦.
(٨ و١٢) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٩.
(٩) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥٢ مسألة ٣٥.

وحينئذٍ لو قال المشتري: قد أسقطت شفعتي فخذ الكلّ أو اترك لم يلزم، لاستقرار ملكه على قدر حقّه، فكان كما لو أخذا بالشفعة ثمّ عفا أحدهما عن حقّه.

القصر والإفطار فإنّهما معلولان لقطع المسافة وقصدها، وقد تخلّف أحدهما عن الآخر في عدّة مواضع إلى غير ذلك، بل قد يخالف حكم أحد المعلولين حكم الآخر وحكم علّته كحزّ الرقبة عدواناً، فإنّه علّة للقتل الّذي هو حرام، ولرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الّذي هو حلال وكما يترتّب على شرب الخمر ونحوه.

وأمّا قوله «لا يمتنع أن يستحقّ ... إلى آخره» فغير جيّد، لأنّ سبب الاستحقاق بالشفعة مترتّب على سببه بالشراء، فليسا معلولين لعلّةٍ واحدة حتّى يقال: إنّ علل الشرع لايمتنع اجتماعها، لأنّه إنّما ملكه بالشراء أوّلاً وبعد الشراء استحقّه بالشفعة، ثمّ إنّه على تقدير اجتماع العلّتين بعد الشراء فأثرهما مختلف، لأنّ الشراء علّة في نقل الملك وأثر الاستحقاق بالشفعة قراره، فأحدهما غير الآخر وجوداً وأثراً. ويتفرّع على القولين أنّ الثالث على الأوّل بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الثاني هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك.

قوله: ﴿وحينئذٍ لو قال المشتري: قد أسقطت شفعتي فخذ الكلّ أو اترك لم يلزم، لاستقرار ملكه على قدر حقّه، فكان كما لو أخذا بالشفعة ثمّ عفا أحدهما عن حقّه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التحرير[1] والمسالك[2]» ومعناه أنّا إذا قلنا بالشركة وقال المشتري للثالث: قد تركت أنا حقّي فخذ الكلّ أو اترك الكلّ لم يلزمه الإجابة ولم يصحّ إسقاط المشتري الشفعة، لأنّ

---

(١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٦.

(٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٨.

الرابع: ولو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر.

ملكه مستقرّ على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب، فأخذ الحاضر الجميع، ثمّ عاد الغائب فإنّ له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول له: أنا تركت حقّي فخذ الكلّ أو اترك الكلّ، ولا نظر إلى تبعيض الصفقة فإنّه لزم من دخوله في هذا العقد.

[فيما لو عفا أحد الشركاء عن سهمه]

قوله: «الرابع: ولو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر» كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك». وفي الأخير: أنّه المشهور وأنّ كثيراً منهم لم يذكر غيره[7]. قلت: لم نجد من الكثير غير المحقّق، لأنّ الشفعة لإزالة الضرر وبأخذ البعض يتأكّد، كذا في «الشرائع[8]» وحاصله: أنّ تبعيض الصفقة يوجب الضرر على المشتري في الشقص المشفوع، والشفعة إنّما شرّعت لإزالة الضرر فلا يكون سبباً فيه. وعن أبي عليّ[9] أنّ للباقي واحداً كان أو أكثر الاقتصار على أخذ حقّه، لأنّ العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص المعفوّ عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ص ١١٤. (٢) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ص ٢٥٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٦.
(٤) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٤.
(٥) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.
(٦) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨١.
(٧) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩١. (٨) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ص ٢٥٦.
(٩) حكى عنه العلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧.

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصحّ.

الجميع، بل ليس له ـ أي للآخر ـ إلّا أن يأخذ قسطه. وقد اختاره في «التذكرة[1]» عند الكلام على أنّ الشفعة موروثة. وعن ابن شريح[2] أنّه يسقط حقّ الجميع. واحتمل جماعة[3] أنّه لايصحّ عفوه، لأنّ الشفعة لا تتبعّض فيغلب جانب الثبوت، ورماه في «الدروس[4]» بالبُعد، هذا إذا ثبتت الشفعة لمتعدّد ابتداء.

أمّا لو ثبتت لواحد فمات عن ابنين فعفا أحدهما دون أخيه فهل يسقط حقّ أخيه أيضاً؟ وجهان: أحدهما يسقط لأنّهما يقومان مقام أبيهما، والأب لو عفا عن البعض سقطت كلّها. والثاني وهو الّذي صحّحه في «المبسوط» أنّه له أن يأخذ الكلّ كما لو وجبت لهما بالبيع. وأمّا المورّث فإنّه إذا عفا عن نصف حقّه سقط كلّه، وليس هنا كذلك، لأنّ أحد الأخوين عفا عن كلّ حقّه فلهذا لم يسقط حقّ أخيه[5]. ويأتي تمام الكلام[6] في ذلك عند قوله «الشفعة موروثة».

قوله: ﴿ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصحّ﴾ كما في «التحرير[7] وجامع المقاصد[8]» لأنّه لايملك شيئاً وإنّما ملك أن يملك.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥.

(٢) روضة الطالبين: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٦.

(٣) منهم ابن فهد في المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٩، والبحراني في الحدائق: في الشفعة ج ٢٠ ص ٣٢٨، والطباطبائي في الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٩.

(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.

(٥) المبسوط: في أنّ الشفعة لا تورث ج ٣ ص ١١٣.

(٦) يأتي في ص ٦٩٩ ـ ٧١٦.

(٧) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٥.

(٨) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨١.

ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعةً فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد، لأنّه بمنزلة عقود متعدّدة، فإذا أخذ من واحدٍ لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة.

ولو رتّب فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض، فإن أخذ من السابق لم يكن للّاحق المشاركة، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق.

[فيما لو باع أحد الشركاء سهمه منهم دفعةً]

قوله: ﴿ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعةً فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد، لأنّه بمنزلة عقود متعدّدة﴾ كما صرّح بذلك في «المبسوط[١]» وغيره[٢]، لأنّ الصفقة تتعدّد بتعدّد المشتري، ومتى تعدّدت العقود كان بالخيار في الأخذ بالشفعة في الجميع والبعض.

قوله: ﴿فإذا أخذ من واحدٍ لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة﴾ كما صرّح به في «المبسوط[٣]» وغيره[٤] قال في «المبسوط»: فإن أخذ من واحدٍ وعفا عن الآخرين كان له ذلك. فإن قال الآخران: قد عفوت عنّا فصرنا لك شريكين فعليك أن تشاركنا في شفعة الثالث لم يلزمه ذلك، لأنّ الملك انتقل إليهم دفعةً فلم يسبق ملك أحدهم صاحبه.

قوله: ﴿ولو رتّب فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض، فإن أخذ من السابق لم يكن للّاحق المشاركة، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[٥] والشرائع[٦] والتذكرة[٧]

(١ و٣ و٥) المبسوط: في الشفعة فيما إذا كانت الدار بين اثنين ... ج ٣ ص ١٣١.

(٢ و٤ و٦) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٧.

(٧) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٥.

ويحتمل عدم المشاركة، لأنّ ملكه حال شراء الثاني يستحقّ أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها،

والتحرير[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]» فلا وجه لاقتصاره في «الدروس[٤]» على نسبة الأخير، أعني مشاركة السابق له إن أخذ من اللاحق إلى الفاضل. والمراد بالشفيع هنا شريك البائع. ووجه استحقاقه الأخذ من الجميع ومن البعض تعدّد الصفقة وكونه شريكاً عند كلّ بيع. وأمّا أنّه ليس للّاحق مشاركته إن أخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة فلأنّه لم يكن شريكاً في وقت شراء الأوّل. وذلك كما لو أخذ من الأوّل خاصّة فإنّ الثاني والثالث لا يشاركانه، وكما لو أخذ من الأوّل والثاني فإنّ الثالث لا يشاركه. وأمّا مشاركة السابق له إذا أخذ من اللاحق وعفا عن السابق فلكونه شريكاً في وقت شراء الثاني، وقد صار ملكه مستقرّاً بالعفو.

قوله: ﴿ويحتمل عدم المشاركة، لأنّ ملكه حال شراء الثاني يستحقّ أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها﴾ هذا الاحتمال من متفرّدات الكتاب بمعنى أنّه لم يسبق به. ومعناه أنّه يحتمل أنّ السابق لا يشارك الشفيع في الأخذ من اللاحق، لأنّ ملك السابق ـ أعني المشتري الأوّل ـ كان مستحقّاً للشفيع حال شراء الثاني ـ أعني اللاحق ـ فلا يكون سبباً في استحقاقه الشفعة، وهو ضعيف جدّاً، ولعلّه لذلك لم يذكره غيره، لأنّ استحقاق أخذه بالشفعة لا يخرجه عن كونه شريكاً، والمدار في الباب على الشركة لا على استقرار الملك، كما لو كان ملك الشريك مشتملاً على خيار لغيره، فإنّه لا يمنع من استحقاقه

---

(١) تحرير الأحكام: في مستحق الشفعة ج ٤ ص ٥٦٧.

(٢) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٢.

(٣) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٣٠١.

(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٨٠.

ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد.

ويحتمل مشاركة الأوّل الشفيع في شفعةالثاني، ومشاركة الشفيع الأوّلِ والثاني في شفعة الثالث، لأنّه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث، ولهذا يستحقّ لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنّه استحقّ الشفعة بالملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه،

الشفعة على غيره قبل أن يفسخ ذوالخيار. وقال في «الإيضاح»: هذا مبنيّ على أنّ الشفعة هل تتبع الملك اللازم أو مطلق الملك، فعلى الثاني يشارك، وعلى الأوّل فهل ترك الشفيع كاشف عن لزوم ملك المشتري المعفوّ عنه أو سبب اللزوم؟ فعلى الأوّل يستحقّ لا الثاني [1].

قوله: ﴿ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد﴾ كما هو صريح التحرير [2] وقضية كلام الباقين [3] سواء أخذ الجميع دفعةً أو على الترتيب حيث لا ينافي الفورية أو لم نعتبرها، لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتباراً بشركته لخروجهم عن كونهم شركاء قبل أخذهم بالشفعة، لأنّه قد زال ملكهم فتزول شفعتهم.

قوله: ﴿ويحتمل مشاركةالأوّل الشفيع في شفعة الثاني، ومشاركة الشفيع الأوّل والثاني في شفعة الثالث، لأنّه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث، ولهذا يستحقّ لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنّه استحقّ الشفعة بالملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه﴾ وقد

---

(١) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٥.

(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٧.

(٣) تقدّم في الصفحة السابقة.

احتمل ذلك في «التحرير[1]» ومثّله بهذا النظير، وهذا متّجه على القول بأنّ زوال ملك الشفيع لا يبطل حقّه من الشفعة كما يقوله الشيخ. ولم يرجّح المصنّف في «الكتاب والتحرير» أحد القولين كما يأتي، فالاحتمال مبنيّ على هذا القول، ومن ثمّ مثّله بما لو باع الشفيع حصّته قبل علمه بالشفعة. وحاصل هذا الاحتمال: أنّه على تقدير الأخذ من الجميع يشارك الأوّل الشفيع في شفعة الثاني ويشاركه الأوّل والثاني في شفعة الثالث وإن زال ملكهما قبل أخذهما، لأنّه كان ملكاً صحيحاً للأوّل حال شراء الثاني، ولهما حال شراء الثالث فيستحقّ به وإن زال، ولهذا يستحقّ به لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنّه حين العفو استحقّ الشفعة بالملك لا بالعفو.

وضعّفه في «جامع المقاصد» بأنّ الاستحقاق وإن كان بالملك إلّا أنّ العفو عنه وعدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرّره وأكّد سببه، وعدم العفو عنه والأخذ منه أزال سببه فلا يستويان، انتهى[2]. ومرجعه إلى أنّ بقاء الملك شرط في تمام السببيّة في الشفعة، وهو أحد القولين في المسألة، وقد عرفت أنّ القائل بالاحتمال لم ينبّه على هذا القول وإنّما بناه على القول الآخر، ولذلك مثّله بما عرفت، فينبغي في الجواب والتضعيف ردّ ما بني عليه لا الردّ عليه بالقول الآخر، إلّا أن يكون أراد بذلك التنبيه على ذلك أعني ردّ ما بني عليه، ولذلك لم يتعرّض للمثال، لأنّه علم فساده من ذلك، وما زاد في تضعيف هذا القول عند تعرّض المصنّف له على ما ذكره هنا في تضعيف هذا الاحتمال من أنّه أخذ بلا سبب.

---

(١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٧.

(٢) جامع المقاصد: في فروع الشفعة ج ٦ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤.

فحينئذٍ للشفيع سدس الأوّل وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث، وللأوّل ربع سدس الثاني وخمس الثالث، وللثاني خمس الثالث، فتصحّ من مائةوعشرين، للشفيع مائة وسبعة، وللأوّل تسعة، وللثاني أربعة.

قوله: ﴿فحينئذٍ للشفيع سدس الأوّل وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثةأخماس الثالث، وللأوّل ربع سدس الثاني وخمس الثالث، وللثاني خمس الثالث، فتصحّ من مائة وعشرين، للشفيع مائة وسبعة، وللأوّل تسعة، وللثاني أربعة﴾ أي حين إذ قلنا: بمشاركة الأوّل والثاني للشفيع وإن أخذ منهم فللشفيع سدس الأوّل أي يأخذ سهمه الّذي هو سدس الأصل الّذي هو ثلث النصف من دون مشارك وثلاثة أرباع سدس الثاني، لأنّ الأوّل شريكه فيه، ولمّا كان سهم الشفيع النصف وسهم الثاني السدس كانت سهامهما أربعة، فإذا قسّط على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع وللشفيع أيضاً ثلاثة أخماس سهم الثالث، لأنّ له فيه شريكين: الأوّل والثاني، ولكلٍّ منهما سدس، فإذا جمعا إلى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة، فيصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس.

وتفصيل المقام أنّه لو كان للشفيع نصف العقار ولشريكه الآخر نصفه، فباع أحدهما نصيبه من ثلاثة لكلّ واحدٍ منهم سدساً، وقلنا بأنّ الشفعة تنقسم على حسب السهام، فللشفيع تمام نصيب الأوّل، وهو السدس، وثلاثة أرباع نصيب الثاني، وللأوّل ربع نصيب الثاني، لأنّ للشفيع نصف الأصل، وهو ثلاثة أسداس، والأوّل يشاركه في نصيب الثاني وليس بيد الأوّل إلّا سدس، فكانت سهامهما أربعة: للأوّل منها ثلاثة وللثاني واحد، فإذا وزّع نصيب الثاني على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع وقسط الأوّل ربعاً. وكذا الشفيع ثلاثة أخماس من سهم

الثالث لأنّ الأوّل والثاني يشاركانه فيه، ولكلّ واحدٍ منهما سهمٌ واحد وللشفيع ثلاثة أسهم، فيقسّم سهم الثالث أخماساً، فيكون للشفيع ثلاثة أخماسه، فقد علم الحاصل للشفيع من الأوّل والثاني والثالث. وأمّا الحاصل للأوّل فهو ربع سهم الثاني وخمس سهم الثالث. والحاصل للثاني خمس سهم الثالث، فتصحّ المسألة من مائة وعشرين، لأنّ أصل الفريضة ستّة، ونريد أن نقسّم السدس تارةً أرباعاً وتارةً أخماساً، فانكسر في المخرجين المتباينين، فنضرب أحدهما في الآخر، فالحاصل عشرون، ثمّ نضرب العشرين في أصل الفريضة، فالحاصل مائة وعشرون، للشفيع نصفها ستّون بالشركة وعشرون هي سدس الأوّل بتمامه وخمسة عشر هي ثلاثة أرباع سدس الثاني واثنا عشر هي ثلاثة أخماس سدس الثالث وذلك مائة وسبعة، وللأوّل خمسة من سدس الثاني هي ربعه، وأربعة من سدس الثالث هي خمسة، وللثاني أربعة من الثالث، وذلك تمام الفريضة.

هذا وحيث نقول: بمشاركة الأوّل والثاني أو أحدهما للشفيع في فرضٍ من الفروض هنا فعلى القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وجه المشاركة واضح، وإن قلنا بعدم مشاركتهما له كما لو أخذ من الجميع أو من الأوّل خاصّة أو من الثاني فهل يصحّ الأخذ على القول باشتراط اتّحاد الشريك؟ أقوال: أحدها أنّه يصحّ الأخذ وإن قلنا باشتراط ذلك؛ لأنّ الشريك المستحقّ للشفعة واحد، الثاني أنّه يختصّ ذلك بما إذا أخذ من الجميع، والثالث أنّه لا يصحّ الأخذ مطلقاً كما تقدّم التنبيه على ذلك[1] عند الكلام في اشتراط الشرط المذكور. ويأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام في أواخر الفروع[2].

---

(١) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٦٢.

(٢) سيأتي في ص ٥٢١ ـ ٥٣٣.

وعلى الآخر للأوّل نصف سدس الثاني وثلث الثالث، وللثاني ثلث الثالث، فتصحّ من ستّةوثلاثين، للشفيع تسعةوعشرون، وللأوّل خمسة، وللثاني اثنان.

الخامس: لو باع أحد الأربعة وعفا الآخر فللآخرين أخذ المبيع.

قوله: ﴿وعلى الآخر للأوّل نصف سدس الثاني وثلث الثالث، وللثاني ثلث الثالث، فتصحّ من ستّة وثلاثين، للشفيع تسعة وعشرون، وللأوّل خمسة، وللثاني اثنان﴾ يريد أنّه على القول الآخر وهو أنّ الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس يكون للشفيع تسعة وعشرون ثمانية عشر بالشركة وبالشفعة ستّة هي سدس الأوّل جميعه، وثلاثة هي نصف سدس الثاني، واثنان وهما ثلث سدس الثالث، وللأوّل خمسة ثلاثة منها نصف سدس الثاني واثنان ثلث سدس الثالث، وللثاني اثنان هما ثلث سدس الثالث، فتصحّ المسألةمن ستّة وثلاثين، لأنّ الأصل ستّة ونريد أن نقسّم السدس تارةً في مخرج النصف وأُخرى في مخرج الثلث، وهما متباينان، فنضرب أحدهما في الآخر فالمرتفع ستّة، ثمّ نضربها في أصل الفريضة وهي ستّة، فالمرتفع ستّة وثلاثون، وقسمتها على ما قد عرفت.

[فيما لو باع أحد الشركاء سهمه وعفا الآخرون]

قوله: ﴿الخامس: ولو باع أحد الأربعة وعفا الآخر فللآخرين أخذ المبيع﴾ أي جميعه أو تركه جميعه، لانحصار الحقّ فيهما، ولو اقتصر في الأخذ على حقّيهما لم يكن لهما، كما تقدّم الكلام في ذلك كلّه مستوفىً. ولعلّه أعاده ليرتّب عليه ما بعده.

ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع، وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأوّل واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان. وفي استحقاق مشتري الربع الأوّل فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه:

قوله: ﴿لو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع﴾ لو كان الشفعاء أربعة وباع ثلاثة منهم في عقود ثلاثة ـ بمعنى أنّهم لم يبيعوا دفعةً ولم يعلم بعض الثلاثة ببيع بعضهم ـ وكذلك الرابع لم يعلم أيضاً بالحال أو علم لكنّه لم يمكنه الأخذ على الفور في الحال لبعد الدار أو غيره من الأعذار فحكم الرابع أنّ له الشفعة في الجميع. ويأتي بيان الحال في أحكام شركائه الثلاثة. وظاهر العبارة أنّ عدم علم الرابع شرط، وليس كذلك لأنّه لم يبع. نعم يشترط أن لا يكون له مسقط آخر من مخالفة الفوريّة ونحوها. وأمّا الثلاثة فعدم علم بعضهم ببعض شرط في استحقاقهم الآتي، لأنّ مَن باع ملكه بعد علمه باستحقاقه الشفعة بطلت شفعته.

قوله: ﴿وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأوّل واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان﴾ الاستحقاق لأنّ الثاني والثالث كانا شريكين في وقت بيع الأوّل وكذا الثالث في وقت بيع الثاني، وعدمه لزوال شركتهم الآن، وهما الوجهان فيمن باع حقّه من الشركة وقد استحقّ الشفعة وهو لا يعلم كما يأتي[1] إن شاء الله تعالى. وأمّا الأوّل فلا حقّ له، لأنّه قد باع ملكه قبل الجميع.

قوله: ﴿وفي استحقاق مشتري الربع الأوّل فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه﴾ يريد أنّ مَن اشترى

---

(١) سيأتي في ص ٦٩٨ ـ ٦٩٩.

الاستحقاق لأنّهما مالكان حال البيع، وعدمه لتزلزل الملك، وثبوته للمعفوّ عنه خاصّة. فإن أوجبناه للجميع فللّذي لم يبع ثلث كلّ ربع، لأنّ له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فيكمل له النصف،

أوّلاً من أحد الثلاثة هل يستحقّ الشفعة فيما باعه الثاني والثالث من الثلاثة؟ وهل مَن اشترى من الثاني ثانياً هل يستحقّ الشفعة فيما باعه الثالث؟ أوجه ثلاثة.

قوله: ﴿الاستحقاق لأنّهما مالكان حال البيع، وعدمه لتزلزل الملك، وثبوته للمعفوّ عنه خاصّة﴾ وجه الأوّل ما قاله المصنّف من أنّهما مالكان حال البيع والاستحقاق يثبت بمجرّد الملك وإن زال. ووجه الثاني أنّ تزلزل الملك مانع لكونه في معرض الزوال، لأنّ أخذه مستحقّ بالشفعة. ووجه الثالث أنّ الشركة حال البيع ثابتة وملكه مستقرّ فيستحقّ بها الشفعة ولا يضرّ تزلزل الملك. وفي «جامع المقاصد» أنّ فيه قوّة[1]. وفي «الإيضاح» إن جعلنا العفو كاشفاً استحقّ، وإن جعلناه شرطاً لم يستحقّ، لاستحالة تأخّر الشرط عن المشروط[2].

قوله: ﴿فإن أوجبناه للجميع فللّذي لم يبع ثلث كلّ ربع، لأنّ له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فيكمل له النصف﴾ أي إن أوجبنا الاستحقاق للجميع، والمراد بالجميع هنا أربعة وإن كانوا ستّة، لأنّ المفروض أنّ البائعين ثلاثة والمشترين ثلاثة خرج البائع الأوّل والمشتري الثالث، لأنّهما لا يتصوّر لهما شفعة هنا لخروج الأوّل عن الشركة قبل حدوث بيع من البيوع وتأخّر تملّك الثاني عن البيوع كلّها فبقي البائع الثاني والثالث والمشتري الأوّل والثاني، فهم مراده بالجميع، فلشريك الثلاثة، وهو الرابع الّذي لم يبع ثلث كلّ ربع باعه الثلاثة، لأنّ له في كلّ بيع شريكين، ففي بيع الأوّل الّذي

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٦.

(٢) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٦.

وللبائع الثالث والمشتري الأوّل الثلث لكلٍّ منهما سدس، لأنّه شريك في شفعة مبيعين، وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس لكلٍّ منهما نصفه لأنّه شريك في شفعة مبيعٍ واحد، فتصحّ من اثني عشر.

ليس له شفعة شريكه البائع الثاني والثالث، وفي بيع الثاني شريكه اثنان الأوّل المشتري الأوّل الّذي اشترى من البائع الأوّل والشريك الثاني المشتري الثالث، وفي بيع الثالث شريكه المشتري الأوّل والمشتري الثاني، فقد أخذ الربع الّذي هو الشفيع الأصلي من كلّ ربع ثلثاً، وهو ربع تامّ، فإذا ضمّ هذا الربع إلى ملكه الأصلي وهو الربع كمل له النصف.

قوله: ﴿وللبائع الثالث والمشتري الأوّل الثلث لكلٍّ منهما سدس، لأنّه شريك في شفعة مبيعين﴾ لأنّ البائع الثالث شريك حين البيع الأوّل والثاني فيكون له شفعة فيهما والمشتري الأوّل شريك حين البيع الثاني والثالث، فنصيب كلّ منهما ثلث من الربعين وثلث الربع نصف سدس الأصل، فثلثاه سدس، فيكون لهما ثلث الأصل.

قوله: ﴿وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس لكلٍّ منهما نصفه لأنّه شريك في شفعة مبيعٍ واحد﴾ لأنّ البائع الثاني إنّما كان شريكاً في وقت بيع الأوّل خاصّة والمشتري الثاني إنّما كان شريكاً في وقت بيع الثالث، فنصيب كلّ واحدٍ منهما ثلث ربع وهو نصف سدس، فيكون لهما سدس الأصل.

قوله: ﴿فتصحّ من اثني عشر﴾ لأنّ أقلّ عدد يخرج منه نصف السدس صحيحاً، اثني عشر للرابع الّذي لم يبع ستّة وللبائع الثالث والمشتري الأوّل أربعة وللبائع الثاني والمشتري الثاني اثنان.

السادس: لو كان الشفعاء الأربعة غيّباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلّم كلّ الثمن أو ترك، فإن حضر الثاني أخذ من الأوّل النصف أو ترك، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك.

[فيما لو حضر أحد الشركاء وغاب الآخرون]

قوله: ﴿السادس: لو كان الشفعاء الأربعة غيّباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلّم كلّ الثمن أو ترك، فإن حضر الثاني أخذ من الأوّل النصف أو ترك، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «الشرائع[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وقضية كلام الأوّلين كما هو صريح الآخر أنّه ليس لأحدهم الاقتصار على مقدار حصّته، لأنّ الشفعة إنّما تثبت لسوء المشاركة ومؤنة القسمة وإزالة الضرر، فإذا أراد أن يأخذ من المشتري بعض الشقص لم يزل الضرر الّذي لأجله ثبتت الشفعة، كذا قال في «التذكرة». ونحوه ما في «الشرائع[7]» في توجيه أخذ الأوّل الكلّ حيث قال: لأنّه لا شفيع الآن غيره. ونحوه ما في «الإيضاح[8]» في توجيه أخذ الأوّل والثاني قال: لأنّه لم يوجد الآن غيره، وجاز عفو الباقين ويبقى هو المستحقّ لجميع نصف الشقص وليس له أخذ

(١ و٧) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٦.
(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٣٤.
(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.
(٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٨.
(٦) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٢.
(٨) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٦.

ولو قيل: إنّ الأوّل يأخذ الجميع أو يترك أمّا الثاني فله أخذ حقّه خاصّة لأنّ المفسدة ـ وهي تبعيض الصفقة ـ منتفية

بعض حقّه، ولأنّ المطالبة وجدت منهما ـ أي الأوّل والثاني ـ دون الثالث، انتهى. وهذا بظاهره وما في التذكرة إنّما يتمّ بالنسبة إلى الأوّل، أمّا من بعده فاقتصاره على نصيبه لايضرّ بالمشتري، لأنّ الشقص قد أُخذ منه تامّاً على التقديرين. ثمّ إنّ في عبارة «الشرائع» مؤاخذة أُخرى، وفي عبارة «الإيضاح» أيضاً حزازة.

ووجّهه ـ أي الحكم المذكور ـ في «جامع المقاصد[1]» بأنّ كلّ واحدٍ منهم عند المطالبة هو الشفيع مع مَن أخذ من شركائه لعدم العلم بأخذ الغائب، فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه، لأنّ الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق، ولا دليل على جواز أخذه بعض حصّته، وهو جيّد جدّاً، ولعلّه هو الّذي عناه في «الإيضاح» وإلّا كان توجيهه كالمصادرة، بل قد يكون هو المراد من توجيه «الشرائع والتذكرة» إلّا أنّه عند إمعان النظر لا يخلو عن تأمّل، لأنّه يقضي بأنّ إزالة الضرر حكمة لا علّة وليس كذلك، فإمّا أن لا شفعة أصلاً أو تثبت بدون أخذ الجميع، فتأمّل. ويشهد على ذلك احتمالهم الاحتمال الآتي، إذ على ما في «جامع المقاصد» لا يكون وجهاً فليتأمّل، جيّداً.

ثمّ إنّ قضية كلامهم جميعاً أنّ القادم لا يكلّف الصبر إلى حضور الغائب، ولعلّه لأنّ به إضراراً بالمشتري بل به أيضاً.

قوله: ﴿ولو قيل: إنّ الأوّل يأخذ الجميع أو يترك أمّا الثاني فله أخذ حقّه خاصّة لأنّ المفسدة ـ وهي تبعيض الصفقة ـ منتفية﴾ هذا

---

(١) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٨.

أو أخذ النصف كان وجهاً، فإن امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة وكان للغائبين أخذ الجميع، وكذا لو عفا ثلاثة أو امتنعوا فللرابع أخذ الجميع إن شاء.

ولو حضر الثاني بعد أخذ الأوّل فأخذ النصف وقاسم ثمّ حضر الآخر وطالب فُسخت القسمة.

قد احتمله في «الدروس [1] والمسالك [2]» لما ذكره المصنّف وسكت عنه في «الإيضاح» فيتخيّر حينئذٍ بين أن يأخذ النصف كما أشار إليه المصنّف بقوله: أو أخذ النصف أو يأخذ حقّه خاصّة، فإذا قدم الثالث كان بالخيار كذلك. وقال في «جامع المقاصد»: لقائل أن يقول: إنّ تبعيض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بأنّ الغائبين يأخذون أم لا ولزوم تجزئة الثمن على تقدير أخذهم لا شبهة في أنّه محذور ومانع، فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر وطالب. وكما أنّ ثبوتها قهري فكذلك تقسيطها إمّا على عدد الرؤوس أو السهام قهري فلا خيار للحاضر، انتهى [3]. وقد عرفت أن لا تبعيض وتجزئة الثمن لازمة على تقدير أخذ الباقين أو بعضهم على كلّ حال، على أنّ مثله آت في حقّ الشفيع لعدم العلم بأخذ الغائب، فتأمّل.

قوله: ﴿أو أخذ النصف كان وجهاً﴾ هو بالرفع معطوف على أخذ حقّه وما بينهما معترض.

قوله: ﴿ولو حضر الثاني بعد أخذ الأوّل فأخذ النصف وقاسم ثمّ حضر الآخر وطالب فُسخت القسمة﴾ لأنّ حقّه شائع في المأخوذ لكلّ منهما.

---

(١) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.
(٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٢.
(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٩.

ولو ردّه الأوّل بعيبٍ فللثاني أخذ الجميع، لأنّ الردّ كالعفو، ويحتمل سقوط حقّه من المردود، لأنّ الأوّل لم يعف بل ردّ بالعيب، فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيعٍ أو هبة.

قوله: ﴿ولو ردّه الأوّل بعيبٍ فللثاني أخذ الجميع، لأنّ الردّ كالعفو﴾ لأنّ الردّ أبطل الأخذ من أصله فكان كما عفا عن حقّه. وهو خيرة «الشرائع[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]» ولم يذكر في الأوّلين الاحتمال الآتي.

قوله: ﴿ويحتمل سقوط حقّه من المردود، لأنّ الأوّل لم يعف بل ردّ بالعيب، فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيعٍ أو هبة﴾ هذا مذهب محمّد بن الحسن الشيباني[6]. قال: إنّه لا يأخذ إلّا حصّته، لأنّ الأوّل لم يعف وإنّما ردّه بالعيب وردّه به أحدث للمشتري ملكاً جديداً بعد أن خرج عنه، فلم يتوفّر نصيبه على الآخر، وكان كما لو رجع إلى المشتري نصيب أحدهما ببيع أو هبة. وفي «جامع المقاصد[7]» أنّه لا شبهة في ضعفه، لأنّ الأوّل وإن لم يعف إلّا أنّ الردّ بالعيب اقتضى سقوط حقّه من الشفعة، فجرى مجرى العفو. وأيضاً فالردّ بالعيب فسخ للأخذ قطعاً لإنشاء سبب جديد للملك فكيف يساوي العود إلى المشتري

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٦.

(٢) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٣.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٨٩.

(٥) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٤.

(٦) نقل عنه العلّامة في التذكرة: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٣، والشاشي القفّال في حلية العلماء: في الشفعة ج ٥ ص ٢٩٦.

ولو استغلّها الحاضر ثمّ حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلّة.

ولو قال الحاضر: لا آخذ حتّى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على إشكال.

بالبيع أو الهبة؟! واقتصر في «التذكرة والمسالك» على الأخير. ولعلّه لأنّ الأوّل غير حاسم للشبهة.

قوله: ﴿ولو استغلّها الحاضر ثمّ حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلّة﴾ كما جزم به في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» ووجّهوا عدم مشاركته في الغلّة بأنّ ملكه لا يتحقّق إلّا بأخذه وقبله كان الملك منحصراً في الأوّل فكان النماء له، وبأنّ السابق ليس أخذه بالنيابة عمّن بعده، إذ لا وكالة له منه، ويأتي لهم فيما إذا خرج الشقص مستحقّاً في توجيه أنّ دركه على المشتري دون الشفيع أنّ السابق كالنائب عن اللاحق في الأخذ، وقضية ذلك أنّه يشارك. وهو أحد وجهي الشافعية. وممّا ذكر يعلم الحال في الثالث بالنسبة إلى الأوّلين.

ومعنى استغلّها أخذ غلّتها. وفي معناه ما إذا ظهرت الثمرة وصارت تابعة للأصل شرعاً وإن لم تنفصل.

قوله: ﴿ولو قال الحاضر: لا آخذ حتّى يحضر الغائب لم تبطل

---

(١) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٠.
(٣) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٥.
(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.
(٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٠.
(٦) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٥.

وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأوّل لأنّه كالنائب.

شفعته على إشكال﴾ ينشأ من أنّ له غرضاً في الترك وهو أن لا يأخذ ما يؤخذ منه وما يحتاج إلى ثمن كثير ربّما لا يقدر عليه في تلك الحال، ثمّ إنّه قد لا يتمكّن من العمارة على ما يريد، وربما انتزع منه فتذهب متعته ضياعاً، فلا تسقط شفعته، وهو الّذي قوّاه في «المبسوط[1] والمسالك[2]» وقرّبه في «التذكرة[3]». وفي «الدروس[4]» أنّ فيه قوّة، فما في «المسالك» من نسبته إلى الدروس على البتّ غير جيّد، ومن أنّه متمكّن من الأخذ فكان مقصّراً، ونشكّ في كون مثل ذلك عذراً، فإنّ ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفعة مبنية على القهر فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين، فلا شفعة له. وهو الأشبه بأصول المذهب في الباب وغيره. وكأنّه قال به أو مال إليه في «جامع المقاصد[5]» ولا ترجيح في «الشرائع[6] والتحرير[7] والإيضاح[8]».

قوله: ﴿وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف،

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٥.
(٢) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤١.
(٤) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٨.
(٥) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٠.
(٦) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٦.
(٧) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٥.
(٨) إيضاح الفوائد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٢ ص ٢٠٧.

فإن خرج المبيع مستحقّاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأوّل لأنّه كالنائب﴾ قال في «المسالك[1]» هذا هو المشهور، ونسبه في «التذكرة[2]» إلى أكثر الشافعية. والمصرّح به المحقّق في «الشرائع[3]» والمصنّف في «التحرير[4]» والمحقّق الثاني[5]. ولا ترجيح في «التذكرة» وستسمع مختاره فيها، ولا تعرّض له في الدروس.

ومعناه أنّه إذا خرج الشقص مستحقّاً بعد أخذ الشفعاء مترتّبين، وقد دفع الشفيع الثاني الثمن للأوّل وقد أخذ صاحب المال منه أُجرة الدار مثلاً وأرش ما انهدم منها، فدرك ذلك كلّه على المشتري لا على الشفيع الأوّل، لاستحقاق الجميع الشفعة عليه، فأخذ البعض قبل البعض لا يغيّر الحكم، فكان الآخذ أوّلاً كالنائب عن المتأخّر لاستواء الجميع في الاستحقاق، وأنت خبير بمنع كونه كالنائب كما تقدّم لهم آنفاً، لأنّ أخذ الثاني مفتقر إلى أخذ جديد غير أخذ الأوّل وصيغة خاصّة كالأوّل، ثمّ إنّه كيف يرجع على المشتري بالثمن ولم يستلم من غير الأوّل شيئاً. قال في «التذكرة[6]»: قال بعض الشافعية: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أُجرة ونقص قيمة الشقص وأمّا الثمن فكلّ يستردّ ما سلّمه ممّن سلّمه إليه بلا خلاف. قال في «التذكرة»: وهو المعتمد[7]. واستجوده المحقّق الثاني[8] واستحسنه الشهيد الثاني[9].

(١ و٩) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٦ و٢٩٧.

(٢ و٦ و٧) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٣) شرائع الإسلام: في الشفيع ج ٣ ص ٢٥٧.

(٤) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٦.

(٥ و٨) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٠ و٣٩١.

السابع: لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثمّ قدم أحد الغائبين وسوّغنا له أخذ حقّه خاصّة أخذ الثلث، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأوّل ويقتسماه (ويقتسمانه ـ خ ل) نصفين،

[فيما لو أخذ الحاضر الشفعة في الجميع]

قوله: ﴿السابع: لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثمّ قدم أحد الغائبين وسوّغنا له أخذ حقّه خاصّة أخذ الثلث، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأوّل ويقتسماه نصفين﴾ كما في «التحرير[1] والتذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]» وهذا على تقدير أنّ للثاني أن يقتصر على مقدار حقّه، وقد سبق للجماعة أنّه لا يسوغ له ذلك.

وتفصيل المقام أنّه إذا قدم الثاني كان على هذا مخيّراً بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث ووجدهما متساويين في الأخذ أخذ الثلث منهما على السوية، وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخيّر بين أن يأخذ من الأوّل نصف ما في يده وهو تمام حقّه ولا يتعرّض للثاني وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، لأنّه يقول ما من جزء إلّا ولي فيه ثلثه، فإن كان الثاني ترك للأوّل حقّه ولم يشاطر الأوّل فلا يلزمني أن أترك حقّي، ثمّ له أن يقول للأوّل: ضمّ ما معك إلى ما أخذته من الثاني لنقسّمه نصفين، لأنّا متساويان في الحقّ وقد احتمل فيما عدا الأوّلين

---

(١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٠.
(٣) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٧٩.
(٤) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩١.
(٥) مسالك الأفهام: في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٢ و٣٠٦.

فتصحّ من ثمانية عشر، لأنّ الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة، وليس للسبعة نصف، فيضرب اثنين في التسعة (تسعة ـ خ ل) للثاني أربعة، ولكلٍّ من الباقيين سبعة، لأنّ الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقّه منه ثلثاه وهو التسع، فيتوفّر على شريكه في الشفعة، والأوّل والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقّه فيجمع ما معهما ويقسّم بينهما.

أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً، بل يأخذ نصف ما في يد الأوّل فيقسّم المشفوع أثلاثاً بناءً على أنّ فعل الثاني لا يعدّ عفواً عن السدس بل اقتصاراً على حقّه وإلّا لاتّجه بطلان حقّه، لأنّ العفو عن البعض عفو عن الكلّ على قول، وإنّما هو كمال حقّه وحكى في «التذكرة» عن بعض الشافعية: أنّه يسقط حقّه لكونه قد عفا عن بعضه [١].

قوله: ﴿فتصحّ من ثمانية عشر، لأنّ الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة، وليس للسبعة نصف، فيضرب اثنين في التسعة للثاني أربعة ولكلٍّ من الباقيين سبعة، لأنّ الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقّه منه ثلثاه وهو التسع، فيتوفّر على شريكه في الشفعة، والأوّل والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقّه فيجمع ما معهما ويقسّم بينهما﴾ لأنّا نطلب أقلّ عدد له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستّة في يد الأوّل، فيأخذ الثالث من الثاني واحداً ويضمّه إلى الستّة الّتي في يد الأوّل فتصير سبعة لا تنقسم نصفين، فنضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر للثاني منها أربعة، ولكلّ من الأوّل والثالث سبعة. وإن شئت قلت: إنّ الثاني أخذ الثلث فيكون الشقص المبيع المشفوع

---

(١) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٣٢.

الثامن: لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعّضت الصفقة على المشتري، ولاخيار له.

ثلثه، والثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث ومخرجه مضروب أحد الكسرين في الآخر ـ أعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة إلى آخر ما تقدّم، وإنّما قلنا إنّ للثاني أربعة ولكلّ من الآخرين سبعة لأنّ الثاني كان يستحقّ أخذ النصف وهو تسعة، فترك سدساً، وهو ثلاثة حقّه منه ثلثاه، وهو سهمان وأخذ حقّه منها أربعة، فيتوفّر ثلثا السدس المتروك ـ أعني التسع على شريكه ـ ولم يترك أحدهما شيئاً من حقّه فيجمع ما معهما ويقسّم بينهما. وقول المصنّف «يتوفّر على شريكه» لا يراد به الأوّل بل الجنس، لأنّه قال: الأوّل والثالث متساويان في الاستحقاق.

وليعلم أنّ صحّة المسألة من ثمانية عشر إنّما هو بالنسبة إلى الربع، وهو الجزء المشفوع لا بالنسبة إلى المجموع، وأمّا بالنسبة إلى مجموع الدار فتصحّ من اثنين وسبعين.

[فيما لو باع أحد الشركاء من أحدهم شقصاً]

قوله: ﴿الثامن: لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعّضت الصفقة على المشتري، ولا خيار له﴾ يريد أنّه لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل دفعةً واحدة فقال الشريك الثالث الشفيع: أنا آخذ ما باعه فلان وأترك ما باعه فلان كان له، لأنّ العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين، ففي الحقيقة لا تبعيض في الصفقة على المشتري. وبه صرّح الشيخ[1] والجماعة[2] من دون تأمّل.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٠.

(٢) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٨٠، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٣.

ولو اشترى اثنان نصيب واحدٍ فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله.

والمخالف أبو حنيفة حكاه في «التذكرة[1]» وكأنّه استند إلى أنّ المشتري ملك الكلّ بصفقةٍ واحدة، وهو محتمل ولكن لم يذكره الأصحاب هنا، وقد ذكروا في البيع ما يناسبه، فينبغي تأمّله.

وممّا ذكر يعلم أنّه لا خيار له، لأنّ الأخذ بأحد العقدين ليس منافياً لما وقع عليه العقد الآخر، إذ لا تبعيض بحسب الواقع.

ومثله ما لو باع اثنان من ثلاثة صفقة أو اثنان من اثنين. ولا شركة لبعض المشترين في هذه المسائل لعدم تقدّم ملك أحدهما على الآخر.

قوله: ﴿ولو اشترى اثنان نصيب واحدٍ فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله﴾ ظاهر العبارة مع ما يأتي أنّ الشراء كان في صفقة واحدة كما هو صريح «المبسوط[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والدروس[5]» ولا فرق بين كون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده. ونبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث قال: يجوز بعد القبض ولايجوز قبله، لأنّه قبله يكون تبعيضاً للصفقة على البائع بناءً على أصله من أنّ الشفيع يأخذ من البائع

وقال في «جامع المقاصد[6]»: إنّ شيخنا الشهيد قال: إنّه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثرة، لأنّ الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعة، وتحمل الكثرة

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٤ و٣٤٥.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٠.

(٤) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٨.

(٥) الدروس الشرعية: في فروع الشفعة ج ٣ ص ٣٨٠.

(٦) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٤.

ولو وكّل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصّته مع نصيبه فباعهما لواحدٍ فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما.

المانعة على الكثرة السابقة على العقد، قال: ويشكل بظاهر قوله عليه السلام: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»[1].

قلت: هذا الظاهر يحمل على ما إذا صاروا ثلاثة قبل العقد، لأنّه هو المتبادر من الأخبار الأُخر كما تقدّم[2]، لكن خرطهم له في سلك فروع الكثرة يقضي بعدم الفرق في منعها بين أن تكون لاحقة أو سابقة. والّذي يدلّ على أنّ الشراء هنا كان دفعة أنّه لم يحتمل فيه أن يكون للأوّل شفعة، على أنّه لو أُريد به الترتيب لاتّحد مع الفرع الأخير، وهو قوله «لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثمّ الباقي لآخر» لأنّ الشراء فيه ـ أي الفرع الأخير ـ مترتّب لمكان العطف بـ«ثمّ»، ولأنّه احتمل فيه أن يكون للأوّل شفعة، وهذا الاحتمال لا يجيء إلّا على الترتيب.

[فيما لو وكل أحد الثلاثة شريكه في البيع]

قوله: ﴿ولو وكّل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصّته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما﴾ يعني أخذ نصيبهما أو نصيب أحدهما، ففي العبارة تسامح، لأنّ الأخذ إنّما هو من المشتري. والوجه في ذلك أنّ الصفقة مبعّضة في الواقع، فلا مانع من أن يأخذ الثالث مجموع النصيبين أو أحدهما خلافاً لبعض الشافعية[3]، لأنّ العاقد واحد، وليس للوكيل ولا للموكّل شفعة على الآخر، لأنّهما بائعان فخرجا عن الشركة.

---

(١) الكافي: ج ٥ ص ٢٨١ باب الشفعة ح ٧، التهذيب: ج ٧ص ١٦٤ باب الشفعة ح ٧٢٩.

(٢) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٦٢.

(٣) كما في جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٤.

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجلٍ ثمّ الباقي لآخر ثمّ علم الشفيع فله أخذ الأوّل والثاني وأحدهما. فإن أخذ الأوّل لم يشاركه الثاني، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأوّل، وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع وتركه و(أو تركه خ ل) خاصّة.

قوله: ﴿ولو باع الشريك نصف الشقص لرجلٍ ثمّ الباقي لآخر ثمّ علم الشفيع فله أخذ الأوّل والثاني وأحدهما. فإن أخذ الأوّل لم يشاركه الثاني، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأوّل﴾ لأنّه وقت شراء الأوّل لم يكن للثاني ملك فلا تتصوّر شفعته، وأمّا احتمال مشاركة الأوّل فلكونه شريكاً في وقت بيع الثاني سواء أخذ منه أم لم يأخذ، فإنّ احتمال المشاركة قائم على التقديرين كما تقدّم بيانه، لكن ظاهر العبارة هنا قد يؤذن بخلافه. والفرق بين هذا الفرع والفرع السابق في قوله «ولو اشترى اثنان نصيب أحدهما ... إلى آخره» أنّ الشراء في الأوّل كان دفعة كما عرفت آنفاً. وقد قال في «التحرير[1]» بعد أن ذكر ما ذكر من الفروع المترتّبة على الكثرة: هذه الفروع إنّما تتأتّى على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة. ثمّ قال بعد ذلك بلا فاصلة: السابع: لو باع الشريك الواحد نصف حصّته لواحد ثمّ باع الباقي عليه أو على غيره ثمّ علم الشفيع كان له أخذ الجميع والأوّل خاصّة والثاني خاصّة، وكذا لو باعه من أكثر من اثنين، انتهى. وهو يقضي بأنّ المراد بالكثرة المانعة الكثرة السابقة.

[حكم الشفعة بناءً على سقوطها مع الكثرة]

قوله: ﴿وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع

---

(١) تحرير الأحكام: في مستحقّ الشفعة ج ٤ ص ٥٦٨.

أخذ الجميع أو تركه خاصّة﴾ يريد أنّه إذا كان هناك شريكان لا غير فباع أحد الشريكين نصف حصّته لزيد ثمّ باع بعد ذلك النصف الآخر لعمرو ولم يعلم شريكه بأحد البيعين فإنّ له الشفعة في الجميع على القول باشتراط الاتّحاد، لأنّ منعه منها مع كونه شريكاً متّحداً يقضي بتخلّف الأثر عن المؤثّر. ولو كان مثل ذلك مسقطاً للشفعة لما أغفلوه، وليس هو ممّا يندر كما تقدّم بيانه[1]. نعم إن اختار أخذ البعض سقطت شفعته، لأنّ الشارع أثبت له الشفعة فراراً من ضرر الشركة، فإذا أخذ البعض خاصّة يكون قد رضي بها فتسقط شفعته كما هو واضح. ولا يفرّق في ذلك بين أن يكون أخذ من الأوّل فقط أو من الثاني كذلك.

فجميع ما ذكره في «جامع المقاصد[2]» في شرح العبارة سهوٌ واضح، قال في توجيه العبارة: إنّه إذا أخذ الجميع لم تتكثّر الشفعاء فلم يتحقّق المنافي بخلاف ما إذا أخذ البعض. قلت: هذا التعليل غير صحيح، بل الوجه في ذلك ما عرفت. قال: وفيه نظر من وجوه: الأوّل أنّه إنّما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثاني، أمّا إذا أخذ من الأوّل فقط فعلى قوله «لا يتكثّر الشفعاء» حينئذٍ، إذ لا يشاركه الثاني فيما أخذه قطعاً. قلت: هذا سهوٌ قطعاً، إذ ليس المدار إلّا على الرضا بالشركة، فلا يفرّق بين الأخذ من الأوّل والثاني. قال: الثاني من وجهي النظر أنّه لو أخذ الجميع فللأوّل الشفعة في نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال، لأنّ الأوّل كان شريكاً ومستحقّاً في وقت البيع للثاني، فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه، فلا يتمّ ما ذكره. وأيضاً فإنّه في وقت البيع الثاني كان المشتري الأوّل مالكاً قطعاً فإن استحقّ الشفعة بملكه ثبتت مع تعدّد الشركاء أو الشفعاء، وإن لم يستحقّ مع كونه شريكاً تخلّف الأثر. نعم على القول بأنّ كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه الشفعة

---

(١) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٦٢.

(٢) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٩٥.

الفصل الثالث: في كيفية الأخذ

يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدّة الخيار على رأي، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذٍ،

لا إشكال. قلت: لا يستحقّها لإقدامه على الكثرة ورضاه بالشركة، لأنّه علم أنّ للبائع شريكاً وأنّ البائع أيضاً شريكه، مضافاً إلى أنّ ملكه مشفوع. قال: ثمّ إنّ في ثبوت الشفعة هاهنا على القول بالمنع مع الكثرة وإن لم نقل بالاحتمال وأخذ الجميع نظراً، لأنّ قوله عليه‌السلام «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحدٍ منهم الشفعة» يقتضي ظاهره نفي الاستحقاق هنا. قلت: قد عرفت الحال في الخبر آنفاً وفيما سلف.

قوله: ﴿يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدّة الخيار على رأي﴾ قد تقدّم[1] الكلام فيه و[2]في أواخر الفصل الأوّل.

﴿الفصل الثالث: في كيفية الأخذ﴾

[فيما لو كان الأخذ بالفعل]

قوله: ﴿وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذٍ﴾ كما في «التذكرة[3] وجامع المقاصد[4] ومجمع البرهان» وقد حكى في «مجمع البرهان[5]» أنّه نسبه في التذكرة إلى علمائنا ولم نجد ذلك في «التذكرة» بل لم نجد أحداً منهم تعرّض لذلك قبل المصنّف.

---

(١) تقدّم في ص ٤٤٦. (٢) الظاهر أنّ حرف «واو» زائد.

(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٦.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٨.

وقال في «التحرير[١]»: يملك الشفيع الشقص بأخذه وبكلّ لفظ يدلّ على أخذه ولم يتعرّض فيه لدفع الثمن فيهما. وقضيّته أنّه يملكه بمجرّد الأخذ، ولا يحتاج في تملّكه إلى دفع الثمن كما أنّ قضية كلام «الدروس» أنّه لا يملكه إلّا باللفظ ولا يكفي الأخذ الفعلي ودفع الثمن. وهو الظاهر من «المسالك[٢]» وكذا «الكفاية[٣]» قال في «الدروس[٤]»: ولا يملك الشفيع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجرّداً عن قول، انتهى فتأمّل.

والواجب الرجوع إلى الأخبار والقواعد. والظاهر من إطلاقات أخبار الباب الأخذ باللفظ كقوله عليه السلام: «وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة»[٥] وفي خبر عليّ ابن مهزيار[٦] ومرسل ابن محبوب[٧] ما يؤذن بأنّ الأخذ باللفظ وأنّه يملك به حيث قيل في السؤال في الأوّل: «عن رجل طلب شفعة أرض» وفي الثاني: «فطلب الشفعة من هذا» إذ الطلب الأخذ بها لا الطلب بالمعنى المتعارف كما ستعرف. وأمّا القواعد فالاُصول تقضي بالوقوف على موضع الوفاق، وهو الأخذ باللفظ مع دفع الثمن، وقد أطبقوا على الظاهر أنّه ليس للشفيع أخذ الشقص المشفوع من المشتري إلّا بعد دفع الثمن إليه جبراً لوهن قهره بتسليم الثمن إليه أوّلاً بخلاف البيع ونحوه، فكان أخذ الشقص بدون دفع الثمن منهيّاً عنه، فلا يكون سبباً في حصول الملك. ولك أن تقول: إنّ هذه القاعدة إنّما تتمّ لك إذا كان مرادهم ليس له أخذه على سبيل التملّك، فيكونون موافقين للمصنّف، علـى أنّ التملّك يحصل بالأخذ بالفعل ودفع

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٦٩.
(٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٣.
(٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٦.
(٤) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧١.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٢٠.
(٦) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٤.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٣.

ولفظاً كقوله: أخذته، أو: تملّكته، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالّة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر.

الثمن. وأمّا إذا كان مرادهم أنّه ليس له أخذه بعد التملّك باللفظ كما يأتي من أنّ كلامهم هذا يحتمل الأمرين فلاتنهض لذلك وإن اعتمد الأوّل في «جامع المقاصد».

وكيف كان، فعند المصنّف ومَن وافقه أنّ الأخذ بالفعل لايكون مملّكاً إلّا مع دفع الثمن أو رضا المشتري بالصبر، فإذا دفعه وأخذه المشتري ملك الشقص، وإلّا خلّى بينه وبينه أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه التسليم[1] عملاً بالأصل من عدم اشتراط اللفظ. وعند مَن ظهر منهم أنّه لابدّ فيه من اللفظ كما هو ظاهر الأكثر كما يأتي يحتمل أنّهم أرادوا أنّه لا يفيد ملكاً أصلاً كما هو الظاهر، ويحتمل أنّه لا يفيد لزوم الملك بل يكون ذلك من باب معاطاة الشفعة بالنسبة إلى الشفيع بمعنى أنّ له حينئذٍ أن يترك. ولا كذلك إذا أخذ باللفظ فإنّه لايجوز له الردّ والترك. وأمّا المعاطاة بالمعنى المتعارف فممنوعة في المقام، لأنّها تتوقّف على رضا الطرفين، وليس رضا المشتري هنا شرطاً. وأمّا أن يكفي رضا المشتري بالصبر فلأنّها معاوضة، ولا يتوقّف الملك في المعاوضات على القبض وظاهر «التذكرة[2]» الإجماع عليه.

[فيما لو كان الأخذ باللفظ]

قوله: ﴿ولفظاً كقوله: أخذته، أو: تملّكته، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالّة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر﴾ كما صرّح

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٢) لايخفى عليك أنّ عبارة التذكرة في المقام مختلفة، فتارةً حكم بلزوم دفع الثمن في الأخذ بالفعل، وأُخرى حكم بلزومه عند الأخذ باللفظ، وثالثة حكم بعدم لزومه مطلقاً، ورابعة حكم بلزومه مطلقاً. فراجع عبارة تذكرة الفقهاء: في الشفعة ج ١٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٨.

بذلك كلّه في «الإرشاد[1]» وموضع من «التذكرة[2] والمسالك[3] ومجمع البرهان[4]» وقد يظهر ذلك من كلام «الدروس» وقد سمعته[5]. ويأتي له ما هو صريح في ذلك. ونفى عنه البُعد في «المسالك[6]». وفي «جامع الشرائع» أنّه يملك بقبض الثمن ودونه[7]. وظاهره أنّه لا يحتاج إلى لفظ. وفي «الغنية[8] والسرائر[9]» ما نصّه: واشترطنا عدم عجزه عن الثمن، لأنّه إنّما يملك الأخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذّر عليه ذلك سقط حقّه من الشفعة. وظاهر الأوّل أو صريحه أنّه لا خلاف فيه، وظاهرهما أنّ المراد بالأخذ الأخذ بالشفعة لا الأخذ بمعنى تسلّم المبيع من المشتري، وفي ذلك زيادة عمّا في الكتاب لكنّه بعيد، فيكون المراد الثاني فيوافق الكتاب كما سيأتي بيانه[10]. ويشهد له قولهم فيما سلف: فإن ادّعى غَيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيّام، فإن أحضره وإلّا بطلت شفعته.

والّذي في «المبسوط[11]» في أواخر الباب أنّه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك، وبه صرّح في «التذكرة[12]» في موضع آخر وهو الظاهر من «التحرير[13] والروضة[14] ومجمع البرهان[15]» في موضع آخر منه. وهو

---

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

(٣ و٦) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٢ و٣١٣.

(٤ و١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٧ و٢٧.

(٥) تقدّم في ص ٥٣٤.

(٧) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.

(٨) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٥.

(٩) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

(١٠) سيأتي في ص ٥٤٥ ـ ٥٤٨.

(١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤.

(١٢) انظر هامش ٢ الصفحة السابقة.

(١٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٦٩.

(١٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.

الّذي استظهره في «المسالك[1]» بعد أن اختاره من قوله في «الشرائع[2]»: ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الّذي وقع عليه العقد. قلت: قد وقعت هذه العبارة ونحوها فيما يأتي[3] من «الكتاب والإرشاد[4] والدروس[5]» وغيرها[6]. وهو كثير كما ستعرف، فيمكن أن نقول: إنّ ذلك لا يتمّ إلّا على القول باشتراط تسليم الثمن في حصول الملك، وإلّا فالأصل عدم وجوب التقديم على واحدٍ بخصوصه، وحينئذٍ فلا تنافي بين عبارة هذه الكتب الثلاثة أصلاً، ويمكن أن يكون ظاهرها كما قال في «المسالك» وعدم لزوم ذلك على المشتري إنّما كان جبراً لقهره على الأخذ منه. وقد تقدّم لنا في أوائل الفصل الثاني[7] ما لابدّ من مراجعته.

وقال في «جامع المقاصد[8]»: إنّ اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه، والأصل عدمه، والشفعة في معنى المعاوضة، إذ هي من توابع البيع، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملّك الآخر، ولأنّه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فوريّاً كالأخذ، فتبطل الشفعة بدونه مع التمكّن، وإمهال الشفيع ثلاثة أيّام قد يدلّ على خلاف ذلك. وليس في النصوص ما يدلّ على الاشتراط المذكور. والّذي في رواية ابن مهزيار: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيّام إن أتاه بالمال، وإلّا فليبع وبطلت شفعته في الأرض» وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك، انتهى.

ونحن نقول: الدليل الأصل وحسنة ابن مهزيار. أمّا الأصل فبمعانٍ أربعة إلّا أن

---

(١) مسالك الأفهام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٣.
(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٣) سيأتي في ص ٥٤٦ ـ ٥٤٨.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٥) الدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع على الثمن ج ٣ ص ٣٦٠.
(٦) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٨.
(٧) تقدّم في ص ٤٦١ ـ ٤٦٩.
(٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

يقول إنّ إيجاب الشفعة عقد أو جارٍ مجراه، فيكون الأصل عدم الاشتراط كما قال. وقد قال في «المبسوط [١]» إنّها عقد قائم بنفسه. أو يكون استند إلى عمومات الباب، فإن وجد المخصّص من الخبر قام أصلنا وانقطع ما أصله. وأمّا الخبر فهو قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينضّ، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيّام، فإن أتاه بالمال، وإلّا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلدٍ إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيّام إذا قدم، فإن وافاه وإلّا فلا شفعة له [٢]. لأنّ قول ابن مهزيار: «طلب شفعة أرض» يحتمل أنّه أخذها بالشفعة لفظاً كأن قال: أخذتها بالشفعة وتملّكتها، أو أنّه قال: إنّي أريد أن أتملّكها بالشفعة إذا جئت بالمال، وهذا بعيد جدّاً من وجوه ستسمع بعضها، بل لا يكاد يصحّ، وعلى التقديرين يتمّ الاستدلال، لأنّ المستفاد من فحوى كلامه عليه السلام في الجواب أنّه يجب عليه دفع المال على الفور، ومنتهى الفورية ثلاثة أيّام إن كان بالمصر، فإن أتى بالمال ودفعه للمشتري كشف عن حصول الملك له من يوم الأخذ أو حصل له بذلك تمام جزء السبب المملّك، وإن لم يأت بطلت شفعته، لعدم حصول التملّك له. ومعناه حينئذٍ على ما في جامع المقاصد أنّه إن أتاه بالمال لزمه التسليم، وإن لم يأته به بطلت شفعته بمعنى أنّه ينفسخ ملكه أو يفسخه بعد حصوله له ولزومه، وهو كما ترى. ولا يصحّ أن يكون قوله عليه السلام في آخر الخبر «فلا شفعة له» مثل قوله عليه السلام في خيار التأخير [٣] وخيار

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٤.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٤.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٦.

ما يفسد ليومه[1] «فلا بيع له» لأنّ معناه هناك أنّه لا يلزم البيع، ومعناه هنا أنّ الشفعة تبطل كما صرّح بهعليه‌السلام في صدره ولا معنى لحمل قولهعليه‌السلام «بطلت شفعته» على معنى كونها غير لازمة، ولو بقي على معناه لم تصحّ المقابلة بين القضيّتين ولزم التفكيك الّذي يمجّه الذوق. هذا على التقدير الأوّل.

وعلى التقدير الثاني يصير المعنى: فإن أتاه بالمال وأخذ بالقول ملكه، وإن لم يأته بالمال لم يملك وبطلت شفعته أخذ بالقول أم لم يأخذ. وعلى ما في جامع المقاصد لم يكن له معنى محصل أصلاً إلّا أن تقول: إنّه يقول إن أتاه بالمال وأخذ باللفظ ملك، وإن لم يأته بالمال لم يكن له الأخذ من رأس، فيكون معنى قولهعليه‌السلام «بطلت شفعته» أنّه ليس له الأخذ بالشفعة، وهو كما ترى.

ثمّ إنّ هذا الاحتمال بعيد لوجوه منها: أنّهعليه‌السلام قال: إن أتاه بالمال ولم يشترط معه شيئاً آخر، فتقدير أنّه أتاه وأخذ باللفظ القولي خروج عن الظاهر جدّاً، مضافاً إلى وجوه اُخر لا تخفى، بل نقول: إنّه لا يصحّ، لأنّ الطلب إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ نافى الفورية، وإن كان قبله لم يجب كما هو واضح كما سيأتي[2]. ثمّ إنّه في «جامع المقاصد[3]» قد اعتمد على هذا الاحتمال عند شرح قوله «ولو ادّعى غيبة المال» ويظهر منه هناك أنّ معنى قولهعليه‌السلام «بطلت شفعته» أنّها ليست لازمة، مضافاً إلى ما يلزم هذا القول من تضرّر المشتري بملكه بمجرّد الأخذ القولي وعدم فورية الدفع وعدم تحديده بمدّة لمن في المصر ولمن يأتي به من غيره، فتأمّل. ثمّ إنّا قد ندّعي منع الملازمة الّتي ادّعاها كما ذكر ذلك في «المسالك[4]» فيما إذا دفع

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٨.

(٢) سيأتي في ص ٥٤٩ ـ ٥٥٨.

(٣) جامع المقاصد: في الآخذ والمأخوذ منه الشفعة ج ٦ ص ٣٦٤.

(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً، فلو جهل أحدهما لم يصحّ الأخذ.

الشفيع الثمن وظهر مستحقّاً. وهو قضية كلام المصنّف هناك[١].

وكيف كان، ففي ما يظهر من الخبر غنية، لأنّ ظاهره في صدره وعجزه الاشتراط، مضافاً إلى فتوى من عرفت وإلى ما في «الغنية» فليتأمّل في ذلك كلّه. ثمّ إنّه يلزم القائل بالعدم أنّه إذا أخذ بالقول يملك وإن جهلا معاً الثمن. ولعلّه لاقائل به كما يأتي[٢]، بل كلّ من قال «إنّ من مسقطات الشفعة جهلهما بالثمن» قائلٌ بالشرط المذكور كما ستعرف[٣]. والظاهر أنّهم مطبقون على ذلك كما يأتي[٤]، وصاحب «المسالك» رجع هناك[٥] إلى القول بأنّه لابدّ من دفع الثمن وعلى ما في الكتاب فالظاهر أنّ دفع الثمن جزء من السبب المملّك، فالعقد قبله موقوف، فالنماء قبله للمشتري ويمكن على بعد أن يكون كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي، فالعقد قبله مراعى لا موقوف، فالنماء المتخلّل للشفيع.

هذا، والظاهر اتّفاقهم على أنّه لا يملك بالمطالبة، وإلّا لم تسقط الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولا بدفع الثمن مجرّداً عن قولٍ وفعل.

[في اشتراط علم الشفيع بالثمن والمثمن]

قوله: ﴿ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً، فلو جهل أحدهما لم يصحّ الأخذ﴾ أمّا اشتراط علمه بالمثمن لصحّة الأخذ، فقلّ من

---

(١) مرّ في ص ٥٣٥.

(٢ و٣ و٤) سيأتي في ص ٥٤٤.

(٥) تقدّم في ص ٥٤٤ ـ ٥٤٦.

تعرّض له، وإنّما ذكر في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢] والروضة[٣]» وأمّا اشتراط علمه بالثمن فقد صرّح به في «المبسوط[٤] والكافي[٥] والشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والدروس[١٠] واللمعة[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] والروضة[١٤] والمفاتيح[١٥]».

ولم يذكر شيء منهما في «الوسيلة[١٦] والغنية[١٧]» فيما ذكر فيهما من الشرائط، وقضيّتهما أنّ علمه بهما غير شرط. ولم يذكر هذا الشرط أيضاً في «المقنع[١٨] والمقنعة[١٩] والنهاية[٢٠] والمهذّب[٢١] والمراسم[٢٢] وفقه القرآن[٢٣] والسرائر[٢٤]

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٣.
(٢ و١٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٩.
(٣ و١٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.
(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.
(٥) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.
(٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٢.
(٨) تحرير الأحكام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(١٠) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(١١) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(١٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٥.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في وجوب دفع مثل الثمن على الشفيع ج ٣ ص ٨١.
(١٦) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(١٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.
(١٨) المقنع: في الشفعة ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.
(١٩) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨ ـ ٦١٩.
(٢٠) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥.
(٢١) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٤ فما بعد.
(٢٢) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(٢٣) فقه القرآن: في الشفعة ج ٢ ص ٦٩.
(٢٤) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٥ فما بعد.

وجامع الشرائع[١] والنافع[٢] والتبصرة[٣]». وفي «مجمع البرهان[٤]» أنّه لا دليل عليه من عقلٍ ولا نقل إلّا أن يكون إجماعاً.

قلت: قد استدلّ في «المسالك» على اشتراط العلم به أنّ الأخذ بالشفعة في معنى المعاوضة المحضة، لأنّه يأخذ الشقص بالثمن الّذي بيع به، فاشترط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لأنّ الثمن يزيد وينقص، والأغراض تختلف فيه قلّةً وكثرة. وربّما زيد حيلة على زهد الشفيع في الأخذ مع اتّفاقهما على إسقاط بعضه، فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنساً وقدراً ووصفاً وإن رضي بأخذه بمهما كان الثمن، لأنّ دخوله على تحمّل الغرر لا يرفع حكمه المترتّب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به كيف كان[٥]. ونحوه ما في «الروضة[٦]» وهو إيضاح ما أوجز في «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] وجامع المقاصد[٩]» من التعليل بالغرر، لأنّها في معنى البيع.

ونحن نقول: لاريب أنّه لا يشترط علم الشفيع بالثمن ولا بالشقص في طلب الشفعة، وإنّما الكلام في الأخذ، وتحرير الكلام في ذلك أنّ الجهالة على قسمين: جهالة لا يمكن معها تسليم الثمن، واُخرى يمكن معها ذلك. والاُولى هي الّتي

---

(١) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨ فما بعد.

(٢) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٤٩.

(٣) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٧ ـ ٣٨.

(٥) مسالك الأفهام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٥.

(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.

(٧) شرائع الإسلام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٢.

(٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٣.

(٩) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٩.

لايصحّ معها الأخذ، كأن يشتريه الوكيل ويتعذّر علم الشفيع به أو يقول المشتري أنسيته ويحلف على ذلك. وبالجملة: ما إذا جهلاه أي المشتري والشفيع. والوجه في عدم صحّة الأخذ حينئذٍ أنّه قد تقدّم[١] أنّ الشفيع إنّما يأخذ بالثمن الّذي وقع عليه العقد كملاً، وبه صرّحت أخبار الباب، وأنّـه لا يـملك أو لا يـتمّ مـلكه إلّا بتسليمه، فلابدّ من العلم بكمّيّته، ولو جهل لم يصحّ الأخذ، لفقد الشرط، وهو تسليم الثمن المعيّن. ولافرق في ذلك بين أن يدفع قدراً يعلم اشتماله على الثمن كأن يتبرّع بالزائد وعدمه، لكنّا قد نقول: إنّه يجتزئ في صحّة الأخذ باشتمال القدر على الثمن، لكنّ الأولى عدم الاجتزاء، لأنّه لا يمكن معرفة الأرش لو كان المبيع معيباً ولا معرفة الثمن ليرجع به لو كان ـ أي المبيع ـ مستحقّاً. وهذه الجهالة هي الّتي عدّوها من مسقطات الشفعة من غير تأمّل ولا خلاف. وذلك يقضي بأنّه لابدّ في التملّك من دفع الثمن مع الأخذ باللفظ كما تقدّم[٢] آنفاً، على أنّ بعض مَن اختار هناك أنّه يملك بمجرّد اللفظ اختار هنا أنّه لابدّ من دفع الثمن كصاحب «المسالك» كما تقدّم[٣].

وأمّا الجهالة الاُخرى، وهي ما إذا كان الشفيع جاهلاً بـالثمن حـين الأخـذ والبائع أو المشتري أو غيرهما عالماً به، فلمّا بلغه الخبر قال: أخذته بما اشـتراه كائناً ما كان، فإنّها لا تمنع من الأخذ، لعدم الدليل على ذلك من عقلٍ أو نقلٍ أو نصٍّ أو إجماع إلّا الحمل على البيع ونحوه، وهو قياس مع الفارق، لأنّ المدار في الباب من الأخبار والإجماع على إمكان تسليم الثمن الّذي وقع عليه العقد كملاً، وهو ممكن، وتعلم كمّيّته بأخبار المشتري أو غيره.

ومنه يعلم حال الجهالة بالشقص بهذا المعنى، وأمّا بالمعنى الأوّل فيتصوّر كأن يكون الشفيع له شركة مع زيد مثلاً فـي دور متعدّدة، وقد اشترى وكيل المشتري أو

---

(١) تقدّم في ص ٥٣٤ و ٥٣٩. (٢) تقدّم في ص ٥٣٥ (٣) تقدّم في ص ٥٣٩ ـ ٥٤٠.

وله المطالبة بالشفعة.

ولو قال: أخذته بمهما كان لم يصحّ مع الجهالة.

هو منه شقصاً من بعض تلك الدور ومات الوكيل وزيد أو نحو ذلك من الفروض، فإنّ الظاهر أنّه لا شفعة في مثل ذلك وإن استخرج المبيع بالقرعة. ولعلّه لذلك قلّ مَن تعرّض له، فليلحظ ذلك كلّه جيّداً. ثمّ إنّ الجهل المانع في كلامهم لابدّ وأن يراد به الجهل الّذي ظنّ أنّه لا يمكن معه الاستعلام، كأن يقال: إنّ الوكيل مثلاً مات، ثمّ يظهر أنّه حيّ، فعلى هذا يصحّ قولهم وله المطالبة بالشفعة، لأنّ ذلك عذر. وأمّا إذا أُريد به الجهل الّذي علم أنّه لا يعلم معه الاستعلام فذلك مسقط للشفعة قطعاً، وكذلك الّذي يمكن معه الاستعلام فتركه وأخذ بالشفعة فإنّه أيضاً مسقط للشفعة من حيث الإخلال بالفورية حيث اشتغل بالأخذ الفاسد عن الأخذ الصحيح. وعلى هذين لا يصحّ قولهم وله المطالبة بالشفعة.

قوله: ﴿وله المطالبة بالشفعة﴾ كما في «التحرير[1] والدروس[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] والروضة[5]» لأنّه لادليل على سقوط حقّه بذلك الأخذ الفاسد. وفي كلام «المبسوط[6]» ما يدلّ على سقوطها. وكأنّه في «التحرير» قصد بذلك الردّ عليه، وقد عرفت الحال في ذلك[7].

قوله: ﴿ولو قال: أخذته بمهما كان لم يصحّ مع الجهالة﴾ قد صرّح

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٦٩.
(٢) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧١.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٩.
(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.
(٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.
(٦) راجع المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٦.
(٧) تقدّم الكلام في ذلك في ص ٥٤٢ ـ ٥٤٣.

ويجب تسليم الثمن أوّلاً،

بذلك في «المبسوط[١]» وغيره[٢]، وقد تقدّم الكلام[٣] فيه.

[في وجوب تسليم الشفيع الثمن أوّلاً]

قوله: ﴿ويجب تسليم الثمن أوّلاً﴾ كما هو صريح «المبسوط[٤] واللمعة[٥] والروضة[٦]» وقضية كلام «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والدروس[١١]» وإن تسلّمه المشتري قبل أداء الثمن كما هو صريح «التذكرة[١٢]» وقضية إطلاق الباقين، لأنّها معاوضة قهرية، فجبروهن قهر المشتري بتسليم الثمن إليه أوّلاً بخلاف البيع فإنّ مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبدأة من الآخر. وفي «المسالك» أنّها علّة مناسبة لا دلالة في النصوص عليها، فإثباتها بمجرّد ذلك لا يخلو من إشكال. فلو قيل بأنّ المعتبر التقابض كالبيع كان وجهاً، انتهى[١٣]. وفي «جامع المقاصد» أنّها معاوضة يجب فيها التسليم والتسلّم دفعة واحدة، والأصل عدم وجوب التقدّم في التسليم على أحد بخصوصه.

(١ و٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٦.
(٢) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(٣) تقدّم في ص ٥٤٢ ـ ٥٤٣.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.
(٧) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٨ و١٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٥.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(١١) الدروس الشرعية: في اشتراط قدرة الشفيع على الثمن ج ٣ ص ٣٦٠.
(١٣) مسالك الأفهام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٢.

فلا يجب على المشتري الدفع قبله، وليس للشفيع أخذ البعض، بل الترك أو الجميع،

نعم إن تمّ له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا[١]. قلت: هذا ما أشرنا إليه هناك[٢] من أنّ هذه العبارة تقضي بالاشتراط المذكور وإن وقعت ممّن صرّح بعدمه أو ظهر منه ذلك.

ويستثنى من وجوب التسليم ما إذا رضي المشتري بكون الثمن في ذمّته فللشفيع أن يتسلّم المبيع أوّلاً كما تقدّم[٣].

قوله: ﴿فلا يجب على المشتري الدفع قبله﴾ كما صرّح به في «المبسوط» وأكثر ما ذكر بعده آنفاً.

[في أنّه ليس للشفيع التبعيض في الأخذ]

قوله: ﴿وليس للشفيع أخذ البعض، بل الترك أو الجميع﴾ كما في «المبسوط[٤] والشرائع[٥] والتذكرة[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨] والإيضاح[٩] والدروس[١٠]

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٩.

(٢ و٣) تقدّم في ص ٥٣٧ ـ ٥٤٢.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٨.

(٥) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٣٤.

(٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.

(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(٩) إيضاح الفوائد: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٨.

(١٠) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

واللمعة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] ومجمع البرهان[٤] والمفاتيح[٥]» لأنّ العفو عن البعض يبطلها، لأنّها لا تتجزّأ كالقصاص، لأنّ حقّه في المجموع، وللضرر على المشتري بتبعّض الصفقة وهذه الأدلّة كما ترى. وفي بعض الأخبار إشعار به حيث قال عليه‌السلام: «هو أحقّ به»[٦] يريد نصيبه المتقدّم ذِكره. وقال عليه‌السلام «هو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٧] وهو إشعار ضعيف جدّاً، لأن كان مفهوم لقب، ولا يصحّ الاستناد إلى الأصل بعد عمومات الباب وغيرها. ولم يبق إلّا أن يدّعى أنّ المتبادر من أخبار الباب وإطلاق الفتاوى ولاسيّما التعريف أخذ جميع ما باع، وهو محلّ تأمّل، لعدم المنشأ له، على أنّه قد يقضي بأنّه إذا باع شقصه لثلاثة دفعة مثلاً أن يجب على الشريك أخذ الجميع أو الترك، مع أنّه ليس كذلك. وينبغي التأمّل في كلّ ذلك. ودعوى أنّها كالقصاص معارضة باحتمال أن تكون كالقذف. وأمّا الضرر فهو الّذي أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة. ولعلّه لذلك خلا عن ذلك المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والخلاف والمراسم وفقه الراوندي والكافي والمهذّب والوسيلة والغنية والسرائر والنافع وشرحه والتبصرة وشرح الإرشاد للفخر والكفاية وغيرها ممّا تأخّر مع التعرّض لشرائطها ومسقطاتها ومبطلاتها مع العنوان وبدونه، فلم يمكن أيضاً دعوى الإجماع ولو ممّن تأخّر، لكنّي لم أجد مصرّحاً بجواز أخذ البعض إلّا المصنّف في «التذكرة» وقد حكينا كلامه[٨] برمّته في شرح

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٣٩٩.

(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٨.

(٥) مفاتيح الشرائع: في استحقاق الأخذ بالعقد وعدمه ج ٣ ص ٨٠.

(٦ و٧) وسائل الشيعة: ب ٧ و٢ من أبواب الشفعة ح ٧ و١ ج ١٧ ص ٣٢٢ و٣١٦.

(٨) تقدّم في ص ٤٢٧.

فلو قال: أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة.

قوله «إلّا مع الشركة في الطريق ... إلى آخره»

وهذا الفرع أوّل ما وقع النزاع فيه بين محمّد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف فيما إذا قال: أخذت نصف الشفعة، فذهب الأوّل إلى سقوطها والثاني إلى عدمه كما يأتي.

قوله: ﴿فلو قال: أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة﴾ كما في «التذكرة[1] والإيضاح[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] والروضة[5]» لأنّه لا يستحقّ المأخوذ وإنّما يستحقّ المجموع من حيث هو مجموع، فلا يؤثّر أخذه له بالنسبة إليه ولا بالنسبة إلى الباقي، أمّا بالنسبة إليه فلعدم استحقاقه، وأمّا بالنسبة إلى الباقي فإن ظهر منه إسقاط حقّه منه فظاهر، وإلّا فقد حصل التراخي بأخذه فتبطل الشفعة في الجميع. وغير الأقوى هو احتمال الصحّة بالنسبة إلى الجميع قاله أبو يوسف[6]، لأنّ أخذ البعض يستلزم أخذ الجميع لعدم صحّة أخذه وحده. وضعّف[7] بمنع الاستلزام وجواز تعلّق الغرض بالبعض خاصّة. وقال في «الدروس»: لو قال أخذت نصف الشقص خاصّة بطلت، لأنّ العفو عن البعض يبطلها أو يحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجميع. ولو اقتصر على قوله أخذت نصفه فوجهان، وأولى بالبقاء، لأنّ أخذ البعض لا ينافي أخذ الكلّ إلّا أن يؤدّي إلى التراخي[8]. وهو تفصيل جيّد لم يتعرّض له الخاصّة ولا العامّة، وإنّما المفروض في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.
(٢) إيضاح الفوائد: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٨.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٠.
(٤ و٧) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٠.
(٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣.
(٦) المغني: في سقوط الشفعة ... ج ٥ ص ٤٨٣، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٨٩.
(٨) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

ويجب الطلب على الفور، فلو أخّر مع إمكانه بطلت شفعته على رأي

كلام الجميع ما إذا قال: أخذت النصف كما سمعت.

[في أنّه هل الأخذ بالشفعة على الفور؟]

قوله: ﴿ويجب الطلب على الفور، فلو أخّر مع إمكانه بطلت شفعته على رأي﴾ القول بأنّ أخذ الشفعة على الفور هو المشهور كما في «التذكرة[1]» والأشهر كما في «الروضة[2]» ومذهب الأكثر كما في «المفاتيح[3]» ومذهب الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخّرين كما في «المسالك[4]» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[5]» وإجماع الفرقة كما في الخلاف وقد حكاه عنه «كاشف الرموز[6]» والمصنّف في «المختلف[7]» والشهيدان في «غاية المراد[8] والدروس[9] والمسالك[10]» وغيرهم[11] ساكتين عليه. وفي «الرياض» تارةً أنّ الشهرة به عظيمة، وأُخرى أنّه المشهور وعليه عامّة المتأخّرين[12]. وهو خيرة «النهاية[13] والخلاف[14]

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٢.
(٢) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٤.
(٣) مفاتيح الشرائع: في وجوب المبادرة إلى مطالبة الشفعة ج ٣ ص ٧٨.
(٤ و ١٠) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٥٨ ـ ٣٥٩.
(٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٠.
(٦) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥.
(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤١.
(٨) غاية المراد: في لواحق الشفعة ج ٢ ص ١٥٧.
(٩) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بها ج ٣ ص ٣٦٣.
(١١) كإيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٩.
(١٢) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٥.
(١٣) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥.
(١٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٠ مسألة ٤.

والمبسوط[١]» صرّح به في عدّة مواضع منه و«الوسيلة[٢] والشرائع[٣] والنافع[٤] وكشف الرموز[٥] والتذكرة[٦] والإرشاد[٧] والتبصرة[٨] والمختلف[٩] والإيضاح[١٠] وشرح الإرشاد» للفخر[١١] و«غاية المراد[١٢] والدروس[١٣] واللمعة[١٤] والمقتصر[١٥] والتنقيح[١٦] وجامع المقاصد[١٧] والمسالك[١٨] والروضة[١٩] والمفاتيح[٢٠]» وهو المحكي[٢١] عن أبي عليّ ولد الشيخ والطبرسي وعن والد المصنّف وسديد الدين

(١) المبسوط: في أنّ المطالبة بالشفعة على الفور ج ٣ ص ١٠٨ و١١٥ و١١٧.
(٢) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(٣) شرائع الإسلام: في ما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(٤) المختصر النافع: في كيفية الأخذ بالشفعة ص ٢٥٠.
(٥) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥.
(٦) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٥.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(٩) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤١.
(١٠) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٩.
(١١) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٢ س ٢٤.
(١٢) غاية المراد: في اللواحق في الشفعة ج ٢ ص ١٥٨.
(١٣) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٣.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(١٥) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٧.
(١٦) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩١.
(١٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠١.
(١٨) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٠.
(١٩) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٤.
(٢٠) مفاتيح الشرائع: في وجوب المبادرة إلى مطالبة الشفعة ج ٣ ص ٧٨ ـ ٧٩.
(٢١) حكى عن هؤلاء الشهيد الأوّل في غاية المراد: في اللواحق في الشفعة ج ٢ ص ١٥٧، والعلّامة في المختلف: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤١، ولم يتعرض أحد لابي علي ولد الشيخ في الكتب الناقلة عن هؤلاء العلماء.

ونجيب الدين والقاضي، ولعلّه في «الكامل» وإلّا فلا تعرّض له في «المهذّب» كما لا تعرّض له في «المقنع والمقنعة والمراسم وفقه الراوندي». ولا ترجيح في «التحرير[١] والمهذّب البارع[٢]» كما هو عادته و«مجمع البرهان[٣] والكفاية[٤]».

والمخالفون القائلون بالتراخي وأنّه لا تسقط إلّا بالإسقاط أبو عليّ وعليّ بن الحسين الصدوق على ما حكي[٥] عنهما وعَلم الهدى[٦] وأبو المكارم[٧] وابن إدريس[٨]. وهو ظاهر أبي الصلاح[٩]. وفي «الانتصار[١٠]» الإجماع عليه. وفي «السرائر[١١]» أنّه أظهر بين الطائفة. وقد نسب هذا القول فخر الإسلام[١٢] إلى سلّار، وليس له في المراسم عين ولا أثر. وليعلم أنّ في أثناء كلام «الانتصار» إلماماً بالفور كما فهمه منه في «الدروس» كما ستسمع[١٣]. هذه كلمات الأصحاب.

وأمّا الأخبار فقد قال في «الدروس» ونعم ما قال: لم نظفر بنصٍّ قاطع من الجانبين، ثمّ قال: ولكن في رواية عليّ بن مهزيار[١٤] دلالة على الفور مع اعتضادها بنفي الضرر عن المشتري، لأنّه إن تصرّف كان معرّضاً للنقض، وإن أهمل انتفت فائدة الملك، انتهى[١٥].

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٠.

(٢) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٤) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

(٥) حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤١.

(٦ و ١٠) الانتصار: في سقوط حقّ الشفعة ص ٤٥٧ و٤٥٦.

(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤ و٢٣٥.

(٨ و ١١) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٨.

(٩) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(١٢) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٢ س ٢٥.

(١٣) سيأتي في ص ٥٥٧.

(١٤) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٤.

(١٥) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٣.

قلت:قد استدلّ أيضاً بالرواية على الفور المصنّف في «التذكرة[١] والمختلف[٢]» وولده[٣] والشهيدان في «الحواشي[٤] والروضة[٥]» والمقداد[٦] والمحقّق الثاني[٧]. ويعضدها أيضاً إن كانت فيها دلالة الأصل وإجماع «الخلاف[٨]» والشهرة المعلومة والمنقولة وما يظهر من «التنقيح[٩]» من دعوى الإجماع، والخبران العامّيان، إذ في أحدهما «الشفعة لمن واثبها»[١٠] وفي الثاني «الشفعة كحلّ العقال»[١١] وقد وسم هذا في «الدروس[١٢]» بالاشتهار. وقد استدلّوا أيضاً بأنّها حقّ مبنيّ على التضييق لثبوتها في بعض دون بعض وفي بعض العقود دون بعض.

ومن استدلّ بالحسنة قال في توجيه الاستدلال: إنّه عليه السلام حكم ببطلان الشفعة بعد مضيّ ثلاثة أيّام، ولو كانت على التراخي لم تبطل بمضيّها كما إذا لم يطالب، إذ ليس للمطالبة أثر في بطلانها، لأنّها سبب وجودها فلا يؤثّر في عدمها. وزاد في «الإيضاح» أنّه لا قائل بالفرق، فالقول به إحداث قول ثالث، وهو باطل بإجماعنا[١٣]. ولعلّه أراد أنّ التعجيل بمثل ذلك وعدم إمهاله بما زاد عن الثلاثة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

(٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٢.

(٣ و١٣) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٤) لم نعثر عليه في الحواشي النجّارية، نعم هو موجود في غاية المراد: في اللواحق في الشفعة ج ٢ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٥) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦.

(٦ و٩) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٠ ـ ٩١.

(٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٨) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(١٠) المصنّف لعبد الرزّاق: في الشفعة ج ٨ ص ٨٣ ح ١٤٤٠٦.

(١١) سنن البيهقي: في الشفعة ج ٦ ص ١٠٨.

(١٢) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٤ تعبيره هذا يومي إلى اشتهار الاستدلال بالخبر بين الفقهاء، وليس كذلك، بل عبارته في الدروس تعطي أنّ المراد اشتهار نفس الرواية وهي قوله صلى الله عليه وآله «الشفعة كحل عقال» فراجع وتأمّل.

يقتضي فورية الأخذ. أمّا الزيادة على الثلاثة فظاهر، وأمّا الثلاثة فلا قائل بها ولابالأقلّ منها، فينتفي التراخي مطلقاً. وزاد بعضهم[١] أنّها لو كانت على التراخي لم تبطل بمضيّ الثلاثة، بل كانت تحتاج إلى تجديد الفسخ. وهذا يقضي بأنّ الطلب في الخبر بمعنى الأخذ.

وقد أجاب[٢] المتوقّفون من جهة القائلين بالتراخي بأنّ التأخير ثلاثة أيّام أو دونها من دون عذر كما هو مورد الرواية ينافي الفورية العرفية الّتي اعتمدوها. قلت: قد قال في «الإيضاح[٣]»: إنّ التأخير ثلاثة أيّام للعذر، وهو كذلك لأنّ تحصيل الثمن في الحال يتعذّر في غالب العادات، فلو شرط إحضاره في الحال أدّى إلى إسقاط الشفعة كما في «التذكرة[٤]» ثمّ إنّ المقدّس الأردبيلي[٥] استدلّ بآخرها على القول بالتراخي وأجاب عن الاستدلال بها للفور بما يرجع حاصله إلى أنّ الحكم ببطلان الشفعة بعد الثلاثة لعلّه للعلم بعدم إرادة الشفيع المطالبة بالشفعة عرفاً وعادةً.

وأجاب شيخنا في «الرياض[٦]» بأنّ الحكم بالبطلان لظهور عدم قدرته على أداء الثمن. وقال: إن لم نقل بظهورها في ضدّ ما ذكروه فلاريب في أنّها على ما ذكروه غير دالّة.

قلت: من العجيب غفلة المستدلّين والمجيبين عن مورد الرواية، لأنّها إنّما وردت فيمن أخذ بالشفعة بقوله «شفعت» ونحوه وطلب الإنظار بالثمن، وقد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونها في ذلك، ومحلّ النزاع هنا من أخّر الأخذ بالشفعة مع علمه بها، إذ المراد بالمطالبة والطلب في الرواية، وقول المصنّف وغيره

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٣.

(٢ و ٦) كرياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦ و ٣٢٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٢.

يجب الطلب والمطالبة على الفور، فلو أخّر بطل الأخذ بالشفعة لتضمّنه الطلب كأن يقول شفعت ونحوه، وليس المراد به في الرواية الطلب المعروف لوجوه تـقدّم[١] بيانها، منها أنّه إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ نافى الفورية، وإن كان قبله لم يجب. فالاستدلال بالرواية على ما نحن فيه من هؤلاء الأجلّاء كالجواب عنه في غاية الغرابة إلّا أن تقول: إنّهم يقولون إنّ المدار في بطلان الشفعة في الرواية على تأخير الثمن وإن كان بعد أخذه، فإذا كان تأخير الثمن ثلاثة أيّام بعد الأخذ يبطلها كان تأخير الأخذ والثمن كذلك، بل هو أولى، لكنّه إنّما يتمّ على المختار من أنّ دفع الثمن جزء مملّك، وأمّا على القول بأنّه يملك بالأخذ من دون دفع الثمن فلا، لأنّه قد يكون البطلان حينئذٍ مستنداً للضرر اللاحق للمشتري بسبب رفع يده عن ملكه وعدم وصول ثمنه إليه لا لمكان الفورية، فيحتاج إلى تجديد الفسخ. وجماعة[٢] ممّن استدلّ بالحسنة قال: إنّه يملك بالصيغة من دون حاجة إلى دفع الثمن، فليتأمّل جيّداً.

وكيف كان، ففي باقي الأدلّة بلاغ لكنّها قد تضعف، أمّا الأصل فبالعمومات، وأمّا الضرر فإنّه يجبر بضمان الشفيع الأرش إذا أمهله حتّى بنى وزرع ثمّ أخذ ونقض وقلع، وإن أُريد به مجرّد عدم الرغبة في التعمير فقد قال عَلَم الهدى في جبرانه بأنّه يعرض المبيع على الشفيع ويبذل تسليمه إليه فإمّا أن يتسلّم أو يترك الشفعة، فيزول الضرر عن المشتري[٣]، فإن لم يفعل ذلك كان التفريط من قِبله. قيل[٤]، وعلى تقدير عدم إمكان دفع هذا الضرر فالدليل أخصّ من المدّعى إلّا أن

---

(١) تقدّم في ص ٥٣٥ ـ ٥٤٠ وقد تقدّم في هذا المقام أيضاً ما له إلمام بالخبر.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٣، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٧.

(٣) الانتصار: في سقوط حقّ الشفعة ص ٤٥٧.

(٤) قاله صاحب رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.

تقول: إنّه لا قائل بالفصل. ولكن للخصم أن يقول إنّ ذلك إنّما ينفع حيث لا يمكن العكس، فتأمّل جيّداً. وأمّا دعوى بنائها على التضييق، فإن اُريد بها العموم حتّى فيما نحن فيه فأوّل ممنوع، وإن اُريد أنّه ثابت في الجملة أو فيماعدا المسألة فغير نافع فيما نحن فيه. وأمّا الخبران فعامّيان كما في «التذكرة[1]» وما وصفه في «الدروس[2]» بالشهرة فقد يكون حلّ العقال فيه كناية عن الانتقال بمجرّد الأخذ وإن تأخّر فلا دلالة فيه. وأمّا الإجماع فإنّه معارض بمثله. قال في «الرياض» واعتضاده بالشهرة غير نافع بعد ظهور انعقادها بعد الحكاية ومرجوحيّته بالموافقة للعامّة. وقال أيضاً: إنّ الشهرة معارضة بالموافقة للعامّة[3].

قلت: يدفع ذلك كلّه إن تمّ الإجماع المعلوم من المتأخّرين والمنقول في ظاهر «التنقيح» فضلاً عن إجماع «الخلاف» المعتضد بشهرتي «التذكرة والروضة» المطلقتين، وكذا «المسالك» حيث نسبه إلى الشيخ وأتباعه، والتتبّع يشهد بذلك، إذ المخالفون الّذين رأينا كتبهم إنّما هم الّذين لا يعملون إلّا بالقطعيّات، فهم معذورون على اُصولهم. وأمّا أبو عليّ وعليّ بن الحسين فإنّما نقل ذلك لنا عنهم وليس النقل كالعيان. وما في «الرياض» من أنّ الشهرة المتأخّرة عن حكاية الإجماع لا تجبره ولا تعضده فغير مسلّم، لأنّها كما توهّمه إذا كانت مخالفة له فكذلك تجبره إذا وافقته كما حرّر في محلّه[4]. وقد تحرّر في فنّه أنّ الخبر العامّي إذا نقله أصحابنا واستدلّوا به أنّه يصحّ لنا العمل به. ولاسيّما إذا شهد مثل الشهيد باشتهاره.

وعساك تقول: إنّ أكثر هؤلاء لم يلتفتوا إليه، قلنا: أقصاه أنّهم لم يذكروه، على أنّا نحن لا مانع لنا عن العمل به ومع اشتهار القول بمضمونه عند المتقدّمين وإطباق

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٣١٢.

(٢) تقدّم في ص ٥٥٢.

(٣ و ٤) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٥.

المتأخّرين عليه. وما احتملناه في معناه خلاف الظاهر.

وتضعيف الشهرة بموافقة العامّة ضعيف، لأنّ ذلك إنّما هو في الأخبار والأقوال والشهرات حيث تتعارض، لاحتمال ورود الخبر مورد التقية أو بناء القول أو الشهرة على ذلك الخبر الوارد مورد التقية لا في نفس الشهرة حيث لاتعارضها اُخرى كأن يقال: هذه الشهرة ضعيفة لا تجبر سنداً ولا دلالة ولا تؤيّد إجماعاً لموافقتها العامّة وإن لم تعارضها اُخرى، سلّمنا أنّ إجماع الانتصار معارضها لكنّ الأولى به حينئذٍ تضعيف إجماع الخلاف فقط لموافقة العامّة على أنّ العامّة مختلفون في المسألة أشدّ اختلاف لأنّ القول بأنّها على التراخي ولا تسقط إلّا بالإسقاط والتصريح بالترك أحد أقوال الشافعية[1] وقول مالك[2]، وفي انقطاعه عنه[3] روايتان إحداهما أنّه يمتدّ إلى سنة، فإن عفا وإلّا كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم، وللشافعي قول آخر وهو أنّها على التأبيد كالقصاص ولا يملك مرافعته للحاكم. وقد قال ابن المنذر: هذا القول قول جماعة من أهل العلم، وآخر وهو أنّها تمتدّ ثلاثة أيّام. والحاصل: أنّ للشافعي خمسة أقوال، وله في كلّ قول منها موافق، وقد وافقه في أنّها على الفور أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شريك، وحكى أبوالحسن عن أبي حنيفة أنّها تمتدّ ثلاثة أيّام، وهو المحكي عن ابن أبي ليلى، وحكى عنه ـ أي أبي حنيفة ـ محمّد أنّه على شفعته أبداً بعد الإشهاد، وقال محمّد: إذا تركها شهراً بطلت. وقال أبو يوسف: إذا أمكنه أن يطالب عند القاضي فلم يفعل بطلت. وعن الشعبي أنّ خياره يمتدّ يوماً إلى غير ذلك ممّا حكى عنهم في

(١) المجموع: في الشفعة ج ١١ ص ٤٩٠.

(٢) راجع المغني: في الشفعة ج ٥ ص ٤٧٨، والشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٧٣، والمجموع: في الشفعة ج ١١ ص ٤٩١.

(٣) المدوّنة الكبرى: في الشفعة ج ٥ ص ٤٠٤.

«الانتصار[1] والمبسوط[2] والخلاف[3] والتذكرة[4]».

وأمّا حديث الضرر فالجواب عنه بالعرض عليه فإمّا أن يترك أو يأخذ ليس بجيّد، لأنّ إيجاب ذلك على المشتري لنفع الشفيع ليس بأولى من القول بالفورية وإسقاط حقّ الشفيع لنفع المشتري مع أنّ العرض إنّما يثبت له أثر لو لم يعلم الشفيع، أمّا إذا علم فالضرر اللاحق به حاصل من جهته، على أنّ الشفعة إذا كانت على التراخي كان للشفيع أن يقول: الحقّ لي متى شئت أخذته، ولا يجب إلزامه بأخذه حالاً، فهذا من السيّد إلمام بالفور كما قاله الشهيد[5] في جوابه.

ثمّ إنّ أقوى ما يستدلّ به للقول الآخر إنّما هو إجماع الانتصار وعمومات أخبار الباب والاستصحاب، والأوّل معارض بمثله موهون بمخالفة بعض من عاصره له وأكثر مَن تأخّر عنه. وفي «المختلف[6] وغاية المراد[7]» أنّ دعواه الإجماع ممنوعة، على أنّك قد عرفت ما في كلامه من الإلمام بالفور، وهو الأصل في هذا القول. والثاني يخصّص بجميع أدلّة القول الآخر، وقد يعبّر عنها ـ أي العمومات ـ بأصل عدم الفورية، وأمّا الاستصحاب فقد قرّروه بأنّ البيع سبب في استحقاق الشفعة، والأصل ثبوت الشيء على ما كان عملاً بالاستصحاب. وأُجيب عنه في «المختلف[8] وغاية المراد[9] والتنقيح[10] والمهذّب البارع[11]» وكذا

(١) الانتصار: في سقوط الشفعة ص ٤٥٤ ـ ٤٥٦.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٤ ـ ١١٥.
(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١ مسألة ٤.
(٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٣ ـ ٣١٥.
(٥) الدروس الشرعية: في فوريّة حق المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٤.
(٦ و٨) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٤ و٣٤٣.
(٧ و٩) غاية المراد: في لواحق الشفعة ج ٢ ص ١٥٨.
(١٠) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩١ ـ ٩٢.
(١١) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

«الإيضاح[1]» بأنّ المقتضي لثبوت الشفعة حدوث العلم بالبيع لا نفسه، والحدوث يبطل في زمان البقاء، وإذا بطلت العلّة بطل معلولها، سلّمنا لكن هل البيع سبب في استحقاق الشفعة مطلقاً أو في استحقاقها على الفور؟ الأوّل ممنوع، وهو محلّ النزاع، والثاني مسلّم، وهو المطلوب، سلّمنا لكنّ الاستصحاب ضعيف الدلالة، سلّمنا لكن مع معارضة غيره لا يبقى دليلاً. واقتصر في «الإيضاح[2]» في ردّه على أنّ الاستصحاب إنّما هو فيما يقبله. ولعلّه أراد أنّ حقّ الشفعة ليس من الأعراض القارّة القابلة للبقاء، وحاصله أنّه فوري، أو أراد ما قالوه من أنّ الحدوث يبطل في زمن البقاء، والجميع كما ترى.

وقد قوّى هذا القول في «الانتصار[3]» بأنّ الحقوق في اُصول الشريعة وفي العقول لا تسقط بالإمساك عن طلبها كالوديعة وأمثالها، فكيف خرج حقّ الشفعة عن اُصول الأحكام الشرعية والعقلية. وأجابوا بأنّا لا نسلّم أنّ مطلق الحقوق لاتبطل بالترك، بل ذلك مختصّ بما عدا الفوريّة، والفرق قائم بين الوديعة والشفعة بحصول الضرر في الثاني، وأنت خبير بأنّ الظاهر أنّ غرضه أنّ أكثرها لا تسقط، والمشتبه يلحق بالأعمّ الأغلب فيكون أصلاً بمعنى الراجح، وهو حجّة، لأنّ العقل حكم عليه بحكم عامّ، وهو قبح ترجيح المرجوح على الراجح، فالجواب بمنع الغلبة غير صحيح، لأنّه غير موافق للواقع. ولعلّهم على بُعدٍ أرادوه بقولهم: إنّ مطلق الحقوق لا تبطل، فيتعيّن الجواب بأنّ الأصل يعدل عنه للدليل وقد جعل في «الإرشاد[4]» المطالبة على الفور من شرائط الشفعة، وفيه مسامحة، لأنّ ذلك ليس من شرائط الاستحقاق الّذي هو الشفعة، بل هو من شرائط وقوعها وعدم بطلانها.

(١ و٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٣) الانتصار: في الشفعة ص ٤٥٦.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

وإن لم يفارق المجلس. ولا تجب مخالفة العادة في المشي، ولاقطع العبادة وإن كانت مندوبة، ولا تقديمه على صلاةٍ حضر وقتها.

قوله: ﴿**وإن لم يفارق المجلس**﴾ هذا ردّ على أبي حنيفة حيث ذهب في جملة ما حكي عنه إلى أنّها على الفور إلّا أنّه يقدّره بالمجلس، بمعنى أنّه إذا أخّر لا لعذر لم تبطل شفعته ما لم يفارق المجلس. وقد تقول في المسألة فيما حكي عنه أقاويل كما تقدّم[١].

قوله: ﴿**ولا تجب مخالفة العادة في المشي، ولا قطع العبادة وإن كانت مندوبة، ولا تقديمه على صلاةٍ حضر وقتها**﴾ قال في «المبسوط[٢]»: إذا ثبت أنّ له المطالبة فهي على ما جرت العادة به، فمتى بلغه وجوب الشفعة سار إلى المطالبة على حسب العرف والعادة، فإن لم يكن مشغولاً بشيءٍ قام من وقته، وإن كان مشغولاً بشيء كالصلاة والطهارة والأكل فحتّى يفرغ، وإن كان وقت الصلاة قد دخل فحتّى يؤذن ويقيم ويصلّي ويتطهّر إن كان على غير طهر، وإن كان البلاغ ليلاً فحتّى يصبح، ولا يلزمه أن يجد سيره بل يمشي على سجيّة مشيه ولا يستعجل فيه وإن كان قادراً على العجلة، وإن كان راكباً فلا يركض ولا يعدو بل يسير على سجيّة مشيه لأنّه هو العرف والعادة. ونحوه ما في «الشرائع[٣] والتذكرة[٤] والإرشاد[٥]» وكذا «التحرير[٦]» وغيرها[٧] ممّا اختير فيه الفورية. قال في «الشرائع»:

---

(١) تقدّم في ص ٥٥٦.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.
(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٧.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(٦) تحرير الأحكام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٠ ـ ٥٧١.
(٧) كمجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٢ ـ ٢٣.

تجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم لكن على ما جرت العادة به، فلو كان متشاغلاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها وجاز له الصبر حتّى يتمّها ... إلى آخر ما قال. وفي «الإرشاد والتحرير» لا يجب تجاوز العادة، والمراد بالوجوب الوجوب الشرطي. واستظهر في «جامع المقاصد» أنّ من الأعذار الّتي يقضي بها العرف والعادة كالأكل والصلاة شهود تشييع المؤمن والجنازة وقضاء حاجته وطلب الحاجة وعيادة المريض وما جرى هذا المجرى ممّا لم تجر العادة بالإعراض عنه، وربّما كان الإعراض عنه موجباً للطعن. واستظهر أيضاً أنّ العجز عن التوكيل عند حصول هذه الأُمور غير شرط لعدم السقوط، لقصر الزمان وعدم عدّ ذلك في العادة منافياً للفور[1]. ونحوه ما في «الروضة[2]» وستسمع ما فيه.

هذا، ويستفاد من كلامهم في المقام ـ أي في بيان العذر الّذي لا تبطل معه الشفعة وأنّه ضربان، ضرب ينتظر زواله عن قرب، وهو ما سمعته، وضرب لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض والحبس والغيبة، وهو ما سيأتي ـ أُمور:

الأوّل: أنّه يقبل منه دعوى وجود هذه الأعذار مع يمينه كما صرّح به في «جامع المقاصد[3]» في أثناء كلام له وأشار إليه في «التذكرة[4]» في المرض والحبس والغيبة، وينبغي الفرق بين ما لا يعرف إلّا من قِبله وبين ما يمكن إقامة البيّنة عليه، إلّا أن تقول: إنّ الشفيع منكر لأنّه موافق للأصل، لأنّ الحقّ ثبت له والأصل بقاؤه، فالبيّنة على المشتري.

الثاني: أنّه لا يشترط في الأخذ حضور الشريك ولا الحاكم ولا العدلين للأصل وعدم الدليل، بل قال في «التذكرة[5]» إنّ ذلك غير شرط عند أصحابنا إلّا

(١ و ٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٢.
(٢) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦.
(٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.
(٥) المصدر السابق: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٨.

ما ستسمع عن «المبسوط والتذكرة»[١].

الثالث: أنّه لا يجب عليه عند اشتغاله بهذه الأعذار أو حصولها له أن يقول أخذت بالشفعة ثمّ بعد زوالها يمشي إلى المشتري، لأنّهم لم يذكروا ذلك أصلاً.

الرابع: أنّ ظاهر جماعة[٢] وصريح آخرين أنّ هذا المشي الواجب عليه الّذي لايجوز التأخير عنه إنّما هو للمشتري. فالمصرّح به المصنّف في «التذكرة[٣]» والشهيد الثاني في «المسالك[٤]». ويظهر من الباقين ذلك لقولهم بعد ذلك إلّا مع حضور المشتري عنده ولم يمنعه اشتغاله عن مطالبته فإنّه إن ترك بطلت شفعته، بل قال في «جامع المقاصد[٥]» في الفصل الرابع: الظاهر أنّه إنّما يملك مع حضور المشتري أو وكيله كما أنّ الطلب لا يعتدّ به إلّا مع حضور المشتري أو وكيله. ثمّ قال: إنّ القوم مطبقون على وجوب السعي إلى المشتري والقائلون بالفورية جعلوه على الفور، انتهى. وستسمع[٦] حال إجماعه هذا.

وقضية ذلك كلّه أنّه لا يكفي في الضرب الأوّل الإشهاد ولا الحاكم ولا الأخذ بينه وبين الله عزّ وجلّ ولا التوكيل ولو كان الشفيع أجلّ جليل، فإن تمّ الإجماع فيما ذكره فهو الحجّة، والأصل يقضي بذلك في جميع ما ذكر، لكن قد يقال: إنّ العمومات تقضي بخلافه في الضربين، بل في كلامهم في مقامات اُخر تصريح بخلافه، فقد قال في «التذكرة[٧]» قبل ذلك بثماني قوائم: لا يشترط في تملّك الشفيع

(١ و٦) سيأتي كلامهما قريباً.

(٢) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٩، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٣ ـ ٢٤، والطباطبائي في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٠.

(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٩.

(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: الشفعة في كيفية الأخذ وفي المسقطات ج ١٢ ص ٢٤٨ و٣٢١.

الشفعة بالشقص حكم الحاكم ولا حضور الثمن أيضاً ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا. ثمّ أخذ في الاحتجاج على ذلك وقال: إنّ الأخذ بالشفعة كالردّ بالعيب لا يحتاج إلى حضور المشتري ورضاه. وقال أيضاً: لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصّراً في الطلب. وقال في «المبسوط» بعد ما حكيناه[1] عنه بثلاث عشرة قائمة: إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفعته، وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعته عند قوم، وقال قوم: تبطل شفعته، فإن ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فأشهد على نفسه أنّه على المطالبة بطلت شفعته. وقال أبو حنيفة: لا تبطل ويكون على المطالبة بها أبداً. وقال مَن خالفه: إنّه غلط، لأنّه ترك المطالبة مع القدرة عليها. وقول أبي حنيفة أقوى، لأنّه لا دليل على بطلانها[2]، انتهى.

وحينئذٍ فقد يقال[3]: إنّ الأشبه بأُصول المذهب لا أُصول الباب وبإطلاق أخبار الباب وما حكاه في التذكرة عن علمائنا أنّه يكتفي بالأخذ فوراً فيما بينه وبين ربّه عزّ وجلّ، لأنّ الملك إذا كان يكفي فيه القول أثّر الملك أين ما وقع كالفسخ لذي الخيار ثمّ إنّه يخيّر المشتري بعد ذلك في الضربين خصوصاً مع العذر وأنّه يقبل قوله في ذلك كما هو خيرة مولانا المقدّس الأردبيلي[4]. وقد نقيّد ذلك بما إذا لم يحصل ضرر على المشتري، وليس بشيء لما سمعته[5] من إجماع «جامع المقاصد» لأنّ المستفاد منه أنّه لابدّ في التملّك من حضور المشتري أو وكيله، ولأنّه على

---

(١) تقدّم كلامه في ص ٥٥٩.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٣٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٣.

(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.

تقدير التسليم لابدّ له من الذهاب إليه بنفسه أو وكيله إن قلنا بكفاية التوكيل كما يقتضيه أُصول المذهب ليدفع له الثمن فوراً إن كان علم بمقداره، لأنّ دفعه واجب فوراً. وبه يتمّ الملك على المختار وإن لم يعلم بمقداره لابدّ من الذهاب إليه كذلك لئلّا يكون أخذه فاسداً عندهم.

وعلى هذا لا يتّجه الجمع بين كلماتهم بأن يقال[١]: إنّ الشفيع إذا أراد الأخذ من المشتري ليدفع عن نفسه ضرر الأرش وعن المشتري ضرر نقض البنيان في بعض الصوَر فليبادر على مجرى العرف والعادة كما ذكروا، وإن اختار الأخذ فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ كان له ذلك ما لم يتضرّر المشتري بذلك، فليلحظ ذلك. وقد عرفت[٢] المراد بالطلب في كلامهم في المسألة ونظائرها من أنّه الأخذ بالشفعة قولاً أو فعلاً، لكن لابدّ من أن يفرّق بين الطلب والتملّك في المقام، وبه تلتئم الكلمة بأن يقال: إنّ التملّك بمعنى إنشاء الصيغة لا يشترط فيه حضور المشتري ولكن لابدّ له من الطلب ـ أي السعي ـ والذهاب لدفع الثمن أو العلم بمقداره. وقد يجمع[٣] بين كلاميه في «التذكرة» بلا خلاف رأييه بأنّ دفع الثمن جزء مملّك أو لا. ولا يخفى ما في إجماع «جامع المقاصد[٤]» من أنّ القائلين بالتراخي والفور مطبقون على وجوب السعي إلى المشتري، لأنّ القائلين بالتراخي لم يأت واحد منهم بما يؤمي إلى ذلك أصلاً، على أنّ الأمر إذا كان على التراخي كان للشفيع أن يقول لا أسعى إليه أصلاً وإنّما إذا شاهدته أخذت بالشفعة.

الخامس: أنّه يستفاد من كثير ممّا ذكروه في المقام من أنّه لا ينافي الفورية العرفية أنّ فورية الباب غير فورية غيره من الأبواب وغير فورية الأُصوليّين فضلاً

(١ و٣) لم نعثر على القائل والمُجمع بين كلاميه.

(٢) تقدّم في ص ٥٣٣ ـ ٥٣٩ وفيما بعدها.

(٤) تقدّم في ص ٥٦١.

ولو أهمل المسافر ـ بعد علمه ـ السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت، ولو عجز لم تسقط

عن الفورية اللغوية. ولعلّها غير الفورية المستفادة من قوله ﷺ[١] «الشفعة كحلّ العقال» والشفعة لمن واثبها، إلّا أن تقول: إنّ الفورية في الجميع واحدة والعذر لاينافيها وإعذار كلّ فورية بحسب متعلّقها. ويأتي تمام الكلام[٢] عند شرح قوله: ولو ترك لكثرة الثمن.

قوله: ﴿ولو أهمل المسافر ـ بعد علمه ـ السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت، ولو عجز لم تسقط﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨]» وهذا هو القسم الثاني من الأعذار، وهي الّتي لا ينتظر زوالها عن قرب كالغيبة والمرض والحبس والاعتكاف وتمريض المريض. فإذا أهمل أحدهم السعي والتوكيل مع تمكّنه من أحدهما بطلت شفعته، ولا يكون سفره ولا مرضه ولا حبسه عذراً مع تمكّنه من التوكيل فيه، لمكان طول المدّة وعدم المسامحة في مثله. ولو عجز عن الأمرين معاً لم تسقط شفعته لعدم التقصير.

وقال في «جامع المقاصد[٩]»: ولا يخفى أنّ قول المصنّف «لو أهمل السعي أو

---

(١) تقدّم في ص ٥٥٢.

(٢) سيأتي في ص ٥٨٨ وعبارته هناك: ولو ترك لتوهّم كثرة الثمن، فراجع.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٩.

(٤) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٩.

(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧١.

(٧ و ٩) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٢.

(٨) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٠.

وإن لم يشهد على المطالبة،

التوكيل» ليس بجيّد، لأنّ البطلان يتحقّق مع إهمالهما لا مع إهمال أحدهما. قلت: قوله بعد «مع إمكان أحدهما» يدفع ما أورده، لأنّ مراده أنّه إذا أهمل أحدهما مع إمكانه وامتناع الآخر بطلت شفعته، ولا ريب في ذلك.

قوله: ﴿وإن لم يشهد على المطالبة﴾ كما في «المبسوط» وما ذكر بعده آنفاً[1] للأصل وعدم الدليل، ولأنّ فائدة الإشهاد ثبوت العذر، وهو يثبت بما يأتي، بل ظاهر «المسالك[2]» الإجماع عليه.

وقال في «الإيضاح[3]» في الفصل الرابع: إنّ الأصل البطلان إذ لم يشهد، لأنّ الإشهاد قائم مقام الطلب فتركه كتركه، وأنّ الترك أعمّ من أن يكون لعذر أو لا، ولا يعلم الأوّل إلّا بالإشهاد، والشفعة على خلاف الأصل، أي فيكون المشتري مدّعياً. والمقدّمة الأُولى ممنوعة، سواء أراد بالطلب السعي أو الأخذ بالشفعة. ويثبت العذر بإقرار المشتري أو يمين الشفيع، لأنّ الأصل معه، فلا أثر لتركه. وأصله معارض بالاستصحاب ومقطوع بعمومات الباب، فيصير الشفيع منكراً فيقبل يمينه. نعم لو قلنا بأنّ الأخذ بالشفعة لا يتوقّف على دفع الثمن ولا يتوقّف التملّك على حضور المشتري أمكن القول بوجوب الإشهاد. وفي كلام «التذكرة[4]» في موضع آخر ما يدلّ على اعتبار الإشهاد، قال: لو لم يتمكّن من المصير إلى أحدهما ـ يريد المشتري والقاضي ـ ولا من الإشهاد فهل يؤمر أن يقول تملّكت الشقص أو أخذته؟ الأقرب ذلك، لأنّ الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري،

---

(١) تقدّم في الصفحة المتقدّمة.

(٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٠.

(٣) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.

ثمّ تجب المبادرة إلى أحدهما في أوّل وقت الإمكان. وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب وإغلاق الباب والخروج من الحمّام والأذان والإقامة وسنن الصلاة وانتظار الجماعة أعذار، إلّا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء.

فإذا فات القيد لم يسقط الآخر. وهذا منه بناءً على ما سلف له في أحد قوليه من أنّه لا يتوقّف التملّك على حضور المشتري ولا على تسليم الثمن.

قوله: ﴿ثمّ تجب المبادرة إلى أحدهما في أوّل وقت الإمكان﴾ أي يجب الأخذ في الأخذ ومقدّماته من سعيٍ أو توكيل حيث يتوقّف عليها على الوجه المعتاد لا المبادرة بكلّ وجهٍ ممكن كما تقدّم[1] على المسافر ونحوه من أقسام القسم الثاني بعد زوال عذره وتمكّنه من السعي أو التوكيل، فإن أمكنه السعي تخيّر بينه وبين التوكيل، ولو تمكّن من التوكيل فقط تعيّن. ولو قصّر الوكيل في الأخذ لم يكن تقصيراً من الموكّل.

قوله: ﴿وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب وإغلاق الباب والخروج من الحمّام والأذان والإقامة وسنن الصلاة وانتظار الجماعة أعذار﴾ وكذا انتظار الرفقة حيث يكون الطريق مخوفاً ليصحبها هو أو وكيله وزوال الحرّ والبرد المفرطين ولبس ثيابه وخفّه ونحو ذلك ممّا هو من أقسام القسم الأوّل.

قوله: ﴿إلّا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء﴾ فإنّها حينئذٍ لا تعدّ أعذاراً فتسقط شفعته. وبه صرّح جماعة كما تقدّم[2] التنبيه عليه.

(١ و ٢) تقدّم في ص ٥٥٩ ـ ٥٦٤.

ويبدأ بالسلام والدعاء.

قوله: ﴿ويبدأ بالسلام والدعاء﴾ كما في «التذكرة[١] والدروس[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]» لما رواه في «التذكرة» من قوله صلى الله عليه وآله: «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»[٥] ولعموم الأمر بالسلام وجريان العادة به. وكذلك الدعاء المتعارف، لأنّه لو ابتدأ بالطلب قبلهما كان نقصاً في حقّه.

فروع ذكرت في المقام:

الأوّل: لو جهل استحقاق الشفعة ففي «الدروس[٦] وجامع المقاصد[٧]» أنّه يبقى حقّه ولا تبطل شفعته، لعدم الدليل وعدم التقصير. وقيّده في «التذكرة[٨]» وكذا «الروضة[٩]» بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريّة بين قوم لا يعرفون الأحكام، وتردّد في «التحرير[١٠]» والأشبه بأُصول المذهب ما في «التذكرة» كما ذكرناه غير مرّة.

الثاني: لو علم بثبوتها وجهل كونه على الفور ففي «الدروس[١١]» أنّه عذر فيمن يمكن ذلك في حقّه فيبقى حقّه. ونحوه ما في «التذكرة[١٢] والروضة[١٣]» لما سمعت. وفي «جامع المقاصد[١٤]» أنّ الظاهر السقوط. وهو أوفق بالقواعد.

الثالث: قال في «الدروس[١٥] والروضة[١٦]»: إنّ النسيان عذر، وتردّد في ذلك

(١ و٨ و١٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٠ و٣٢٥.

(٢ و٦ و١١ و١٥) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٥.

(٣ و٧ و١٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٤، وفيه «لعموم الدلائل».

(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٩.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب العشرة ج ٨ ص ٤٣٥ ـ ٤٣٦.

(٩ و١٣ و١٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦.

(١٠) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢.

وإنّما يأخذ بالثمن الّذي وقع عليه العقد، فإن كان مثليّاً فعلى الشفيع مثله،

في «التحرير[١]» سواء نسي البيع أو نسي المطالبة، والأصحّ أنّه ليس عذراً، لأنّ المشهور أنّه مقدور كما بيّنّاه في باب الوديعة[٢].

[في أنّ الشفعة إنّما هي بالثمن المشترى به]

قوله: ﴿وإنّما يأخذ بالثمن الّذي وقع عليه العقد﴾ هذا ممّا اتّفق عليه الخاصّة والعامّة طفحت بذلك عباراتهم وصرّحت به رواياتهم، فقد روى العامّة عن جابر أنّ النبيّ ﷺ قال: «هو أحقّ به بالثمن»[٣] وفي خبر الغنوي: «هو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٤] ولا مخالفة فيه للاعتبار وقوانين الشريعة إلّا ما لعلّه يقال[٥]: إنّ الشفيع استحقّه بغير اختيار مالكه لحاجته إليه فكان يجب أن يستحقّه بالقيمة كالمضطرّ إلى طعام غيره. وفيه: أنّ المضطرّ إنّما استحقّه لمكان الحاجة من دون سبق معاملة مع المالك أو الحاكم، فالمرجع في بدله حينئذٍ إلى القيمة، والشفيع استحقّه بسبب البيع الواقع على العوض المعلوم، فوجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. ولو كان يستحقّه به وبالهبة والإرث ونحو ذلك لربّما اتّجه ذلك. والأصل في ذلك الإجماع والأخبار. وهذا بيان موافقة الاعتبار.

قوله: ﴿فإن كان مثليّاً فعلى الشفيع مثله﴾ بلا خلاف كما في

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢.

(٢) تقدّم في ص ٥٥٥ وفيما بعدها.

(٣) السنن الكبرى: في الشفعة ج ٦ ص ١٠٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.

(٥) راجع الشرح الكبير: في الشفعة ج ٥ ص ٥٢١، وكشف القناع: في الشفعة ج ٤ ص ١٩٤.

وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي،

«الخلاف[١] والمبسوط[٢] وغاية المراد[٣] والمسالك[٤]» والمراد نفيه في الأوّلين بين المسلمين، وإجماعاً كما في «المختلف[٥] والإيضاح[٦] وغاية المراد[٧]» أيضاً و«المهذّب البارع[٨] والتنقيح[٩] وجامع المقاصد[١٠] ومجمع البرهان[١١]» وغيرها[١٢].

والأصل في ذلك قبل ذلك الأخبار والاعتبار، لأنّ الشفيع يأخذ الشقص بالثمن كما صرّحت به أخبار الطرفين كما سمعت، وخصوصيّات الشخص غير مرادة غالباً قطعاً، فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف والخواصّ، وستسمع الكلام[١٣] في هذه الأخبار.

قوله: ﴿وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي﴾ أخذه بقيمته إن كان قيميّاً خيرة «المقنعة[١٤] والمبسوط[١٥] والكافي[١٦]

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٧.
(٢) المبسوط: فيما اختلف فيه في قدر الثمن و... ج ٣ ص ١١٠ ـ ١١١.
(٣) غاية المراد: في الشفعة ـ اللواحق ـ ج ٢ ص ١٦٠.
(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٤.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧.
(٦) إيضاح الفوائد: في الشفعة ج ٢ ص ٢١٠.
(٧) لم نجد هذا الإجماع لغاية المراد، راجع ج ٢ ص ١٦٠ ـ ١٦١.
(٨) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ص ٢٦٩. (٩) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ص ٩٠.
(١٠) لم نجد فيها تصريحاً بالإجماع، راجع جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج٦ص ٤٠٥.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٠.
(١٢) كرياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١.
(١٣) سيأتي في ص ٥٧٣ ـ ٥٧٤.
(١٤) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩.
(١٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.
(١٦) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

والغنية[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والنافع[٤] وكشف الرموز[٥] والتذكرة[٦] والإرشاد[٧] والتبصرة[٨] والدروس[٩] واللمعة[١٠] والمقتصر[١١] والتنقيح[١٢] والمسالك[١٣] والروضة[١٤] والمفاتيح[١٥]». وفي «السرائر» أنّه الأظهر بين الأصحاب[١٦]. وفي «التحرير[١٧] والمسالك[١٨]» أنّه مذهب الأكثر. وفي «الرياض[١٩]» أنّه أشهر وعليه عامّة مَن تأخّر. وستعرف ما فيه. وفي «الدروس[٢٠]» أنّ القولين مشهوران، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومالك[٢١].

والقول بسقوط الشفعة خيرة «الخلاف[٢٢] والوسيلة[٢٣] والمختلف[٢٤] وجامع

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.
(٢ و١٦) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٥.
(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٤) المختصر النافع: في كيفية الأخذ بالشفعة ص ٢٥٠.
(٥) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.
(٦) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٧.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(٩ و٢٠) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(١١) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٧.
(١٢) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٠.
(١٣ و١٨) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٦ و٣١٥.
(١٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٣.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في وجوب دفع مثل الثمن على الشفيع ج ٣ ص ٨١.
(١٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.
(١٩) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١.
(٢١) راجع بدائع الصنائع: في الشفعة ج ٥ ص ٢٦، ومغني المحتاج: في الشفعة ج ٢ ص ٣٠١، والمغني: في الشفعة ج ٥ ص ٥٠٧.
(٢٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٧.
(٢٣) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.
(٢٤) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

المقاصد[١] وتعليق الإرشاد[٢] والكفاية[٣]»وهو ظاهر «الإيضاح[٤]» وميل إليه في «التحرير[٥] ومجمع البرهان[٦]» وهو المحكي[٧] عن «الطبرسي» وقد يشعر به كلام «النهاية[٨] والمهذّب[٩]» وقد سمعت أنّه قال في «الدروس»: إنّه والأوّل مشهوران، ولعلّه أراد أنّهما معروفان، وإلّا فما كان ليدّعي مخالفة ما يشاهده بالعيان. ودعوى[١٠] أنّه لعلّه وجد القول الآخر لجماعة لم نطّلع عليهم، لأنّه كثيراً ما يأتي في غاية المراد بأُناس لم تصل إلينا كتبهم ولم نعرف أسماءهم إلّا منه، يدفعها أنّه في «غاية المراد[١١]» إنّما نسب القول الآخر إلى الشيخ في الخلاف وابن حمزة والطبرسي والمصنّف في المختلف، ولو وجد غيرهم لذكره كما هو واضح. وهذا ينفع فيما يأتي قريباً. وفي «الخلاف[١٢]» الإجماع عليه. وفي «جامع المقاصد[١٣]» أنّ الرواية نصّ فيه. ونحوه ما في «التحرير[١٤]» وبه قال سوار القاضي والحسن البصري[١٥]. ولا ترجيح في «جامع الشرائع[١٦] وغاية المراد[١٧]» ولا يظهر من

(١ و١٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٥.
(٢) حاشيه الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٤٢٨.
(٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٦.
(٤) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٠.
(٥ و١٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٠.
(٧) الحاكي هو الطباطبائي في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.
(٨) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤.
(٩) المهذّب البارع: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.
(١٠) لم نعثر عليه.
(١١ و١٧) غاية المراد: في أحكام الشفعة ج ٢ ص ١٦٠ ـ ١٦١.
(١٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٧.
(١٥) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٠٥.
(١٦) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٧.

«المراسم[1] وفقه الراوندي[2]» شيء من القولين ولا ترجيح لأحدهما بموافقة العامّة أو مخالفتها، لأنّه قد قال بكلّ قوم كما عرفت. ونفى أبو عليّ[3] الشفعة إلّا أن يأتي الشفيع بعين الثمن. وقال في «الدروس»: إنّ في رواية هارون الغنويّ به إلماماً[4]. وفي «الإيضاح[5]» أن الإجماع على خلافه.

حجّة القول الأوّل عموم الأدلّة وقيام القيمة مقام العوض المدفوع غالباً، والعلّة أو الحكمة الّتي استندوا إليها جميعاً في عدّة مواضع على سبيل الحجّة أو التقوية غالباً، ويزيد بالنسبة إلينا اعتضاده بالشهرة المعلومة والمنقولة مع فتوى المفيد به في «المقنعة» الّتي هي متون أخبار وعمل مَن لا يعمل إلّا بالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبدالله مع موافقة الاعتبار، وإلّا لذهبت الشفعة آخر الدهر، لأنّه يضاف إلى الثمن قلّ أو كثر بعض القيمي، وبذلك يتقوّى الظنّ بعموم الأدلّة، مضافاً إلى ما ستعرفه من حال الخبر الّذي هو الأصل في القول الآخر ووهن إجماع الخلاف بمخالفته هو له في المبسوط المتأخّر عنه ومخالفة بعض من عاصره كالمفيد والتقيّ وأكثر مَن تأخّر عنه له.

وحجّة القول الثاني إجماع الخلاف[6] والأخبار المرسلة فيه. ومارواه «الفقيه» في «الصحيح[7]» والشيخ في الموثّق[8] وما حكى[9] عن «قرب الإسناد» وفي الصحيح

---

(١) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(٢) فقه الراوندي: في الشفعة ج ٢ ص ٦٨.
(٣) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.
(٤) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(٥) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٠.
(٦) تقدّم في ص ٥٦٩.
(٧) من لايحضره الفقيه: في الشفعة ح ٣٣٨٢ ج ٣ ص ٨٠.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ١٤ في الشفعة ح ١٧ ج ٧ ص ١٦٧.
(٩) الحاكي هو الطباطبائي في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.

عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبزّ وجوهر؟ قال: ليس لأحد فيها شفعة. واستدلّ عليه في «المختلف[1]» بقول الصادق عليه السلام في الحسن: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها من غيره بالثمن[2]. وربّما استدلّ[3] بالصحيح عن رجل تزوّج امرأة على بيت في داره وله في تلك الدار شركاء، قال: جائز له ولها ولا شفعة لأحد من شركائها عليها[4]. وبأنّ الأصل عدم التسلّط على مال الغير إلّا في محلّ الاتّفاق، وبأنّها معاوضة غير مرضيّ بها فتبطل. وما يقال[5] «إنّ التراضي في الشفعة غير شرط» فجوابه أنّه في المثل لا أثر للسخط وعدم الرضا، لأنّه يبذل ما يساويه في المصلحة بخلاف القيمي فإنّ المشتري إنّما بذل عرضه بإزاء العين المطلوبة، فإذا فاتت دفع عرضه إليه.

قلت: أمّا إجماع الخلاف فقد عرفت الحال فيه، وأمّا أخباره فلا جابر لها، وشهرة «الدروس» قد عرفت[6] حالها، سلّمنا لكنّ الوجه في جبر الشهرة أنّ العاملين بالخبر وجدوا قرائن دلّتهم على صدقه وصحّة العمل به، ولمّا كان المشهور أيضاً عدم العمل به مع رؤيتهم له وإعراضهم عنه إلى العمل بالعمومات قضى ذلك أنّهم وجدوا قرائن ردّتهم عن العمل به، فحصل التعارض بالنسبة إلينا، فإن أغضيا عن الترجيح قلنا تساقطا ورجع الأمر إلى أنّهما كأن لم يكونا فلا جابر.

وأمّا الخبر الأوّل فقد رواه مرّتين «كاشف الرموز» في رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع ... الخبر[7]، بل ظاهره أنّه لا يعرف فيها لفظ الدار فيها أصلاً، قال في شرح قوله في النافع «وقيل: تسقط الشفعة استناداً إلى رواية فيها احتمال» ما نصّه:

---

(١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٨.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.
(٣) المستدلّ هو الطباطبائي في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(٤ و٧) وسائل الشيعة: ب ١١ في أبواب الشفعة ح ٢ و١ ج ١٧ ص ٣٢٥ و٣٢٤.
(٥) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٦٩.
(٦) تقدّم في ص ٥٧١.

قال فيها احتمال لأنّها مقصورة على مَن اشترى دراهم برقيق ومتاع وبزّ وجوهر، فالتعدّي إلى غير ذلك من المحتمل، وكذا يحتمل أن تكون الشركة في الدراهم، انتهى [1]. وكلامه كالصريح في أنّه ليس هناك دار وإلّا لما احتمل هذين الاحتمالين، لأنّه لا مناص له عنهما لأن كان الخبر صحيحاً ليس فيه فيما وجده لفظ دار، وهو من العلماء المتقدّمين الكبار ممّن إذا قال يسمع فلابدّ أن يكون قد تأمّل وتتبّع، فقد حصل وهنٌ في الخبر من هذه الجهة. وفيه أيضاً: أنّه ليس فيه تصريح بأنّ المانع من جهة القيمة، فجاز أن يكون نفي الشفعة فيه إمّا عن الجار، لأنّه لم يذكر فيه أنّ للبائع في الدار شريكاً أو لكونها غير قابلة القسمة. والحاصل: أنّ المانع من الشفعة غير مذكور في الخبر وأسباب المنع كثيرة كما قاله الفاضل المقداد [2] وجماعة [3].

وأمّا ما في «مجمع البرهان [4]» ممّا حاصله من أنّ الظاهر أنّ السؤال فيها إنّما هو من حيث الشراء بذلك الثمن، ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لا شريك فيها وأنّ المراد نفي الشفعة بالجوار لما كان لذكر القيمة وجه ولكان حقّ السؤال التصريح بذلك بعبارة اُخرى تؤدّي ذلك، ففيه: أنّ الظاهر المتبادر من الدار جميعها وأنّ الظاهر من السؤال ما ذكرت، ونفي الشفعة فيها يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا وإلى هذا، فيحتمل أن يكون تجوز بالدار اعتماداً على قرينة حالية، ويحتمل أن يكون أراد بيان حال المشتري في السؤال وأنّه تكلّف ودفع في ثمنها ما يقدر عليه وما هو تحت يده، ولذلك خلط في السؤال بين الخاصّ والعامّ معرّضاً بشكاية حاله وأنّ جاره يريد أن يشفع فيها أخذاً بقول أبي حنيفة والثوري

---

(١) كشف الرموز: في الشفعة ج٢ص ٣٩٤.　　(٢) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ص ٨٩.

(٣) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٥، ورياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣، والحدائق الناضرة: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢٠ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٠ ـ ٣١.

وابن شبرمة وابن أبي ليلى [١] الّذين هم قضاة الكوفة في عصر عليّ بن رئاب [٢]، فقال عليه السلام: لا شفعة لأحد عليها غير متّقٍ منهم، لمخالفة عمر وعثمان وسعيد بن المسيّب ويحيى بن سعد الأنصاري وربيعة المشهور وغيرهم [٣] لهم. ولعلّ هذا أظهر، لأنّ الأصل عدم القرينة الحالية على أنّ المراد بالدار بعضها، سلّمنا فلا أقلّ من أن يكون مجملاً، سلّمنا الظهور لكنّه لا يقوى على معارضة العمومات المعتضدة بما عرفت، على أنّه لو كان كذلك ما أعرض عنه المعظم، بل ما رأينا أحداً استدلّ به تصريحاً قبل المصنّف في «التحرير [٤] والمختلف [٥]» وقد سمعت ما في «النافع» من أنّ فيه احتمالاً وكلام كاشف الرموز والشيخ في الخلاف قد يكون أراد غيرها. فالرواية الّتي هذا حالها من اختلاف المتن وإجمال الدلالة وإعراض معظم الأصحاب عنها مع صحّة سندها تارةً وقوّته اُخرى وتعدّدها في الجوامع العظام كيف يستند إليها ويدّعي أنّها نصّ في الباب ويعرض بها عن تلك الأدلّة وقد تقرّر في فنّه أنّ الخبر إذا صحّ وتكرّر في الجوامع العظام بحيث يعلم أنّ الأصحاب رأوه وأعرضوا عنه لم يصحّ الاعتماد عليه والاستناد إليه.

ومن ذلك يُعلم الحال في الأصل والدليل الاعتباري الّذي ذكرناه لهم أخيراً.

وأمّا الخبران الأخيران فقد استدلّ بأوّلهما في «المختلف [٦]» بخيال أنّ الأحقّية

(١ و٣) راجع المجموع: في الشفعة ج ١٤ ص ٣٠٥، والمغني لابن قدامة: في ثبوت الشفعة ج ٥ ص ٤٦١.

(٢) وذلك لأنّ راوي الخبر وهو الّذي تقدّم ذِكره في ص ٥٧٢ هو عليّ بن رئاب. ولا يخفى عليك أنّ تقية الحجج العظام إنّما هي كانت من رواة العامّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله وهم الخلفاء وعائشة وحفصة لا من أمثال أبي حنيفة والثوري وأضرابهم، فإنّهم عليهم السلام كانوا متجاهرين بخلافهم، بل شيعتهم أيضاً كانوا متجاهرين بنقل أقوال الأئمة الّتي خالفتهم، فراجع التاريخ والأخبار المروية عنهم تجد حقيقة ما بيّنّاه.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.

(٥ و٦) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

بالثمن إنّما تتحقّق في المثلي، لأنّ الحقيقة غير مرادة إجماعاً وأقرب المجازات هو المثل، فقد أجاب عنه في «مجمع البرهان[1]» بأجوبة أصحّها أنّها محمولة على الغالب من أنّ القيمة ثمن. وأجاب في «المسالك[2]» بما هو محلّ نظر كبقية أجوبة مجمع البرهان. وأمّا الثاني فليس ممّا نحن فيه، لأنّ المفروض فيه انتقال المشفوع بما عدا البيع. ولعلّه لم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال.

وقد جزم المصنّف بأنّه تلزمه قيمته يوم العقد وهو خيرة «الخلاف[3] والمبسوط[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] والدروس[8] وغاية المراد[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] والروضة[13]» لأنّه وقت استحقاق الثمن فحيث لا يمكن الأخذ به تعتبر قيمته حينئذٍ. وحكى[14] القول بأنّه يلزمه قيمته وقت الأخذ، ولم نجد القائل به، ولعلّه قول مالك[15] حيث قال: بلزومها وقت المحاكمة لوجوبه حينئذٍ على الشفيع، فتعتبر قيمته وقت الوجوب حيث تتعذّر العين. وفي

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤١.

(٢ و١٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٤ ـ ٣١٦.

(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٧.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٨ و١١١.

(٥) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٨.

(٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٣.

(٨) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.

(٩) غاية المراد: في أحكام الشفعة ج ٢ ص ١٦١.

(١٠) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(١١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٥.

(١٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٣.

(١٤) حكاه عنه الشيخ في الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٧، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٨.

(١٥) المغني لابن قدامة: في أخذ الشفعة بالأجل ... ج ٥ ص ٥٠٧.

سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا. ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن.

«غاية المراد» أنّه لا وجه له[١]، ورماه غيره[٢] بالضعف. وقوّى في «الإيضاح» لزوم أعلى القيم من يوم العقد إلى يوم الدفع[٣]. وهو خلاف ما حكاه عنه المحقّق الثاني[٤] وغيره[٥] من أنّه الأعلى من وقت العقد إلى وقت الأخذ إن أرادوا الأخذ بالشفعة، فتأمّل. واحتجّ عليه في «الإيضاح[٦]» بأنه أخذ قهري كالغصب. وفي «غاية المراد[٧]» أنّه لا وجه له، ورماه غيره[٨] بالضعف.

قوله: ﴿سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا﴾ أي سواء كان الثمن الّذي جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع ـ أي مثل قيمته ـ أم ناقصاً أم زائداً لتناول إطلاق الثمن له في النصّ.

[في عدم لزوم المؤن على الشفيع]

قوله: ﴿ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن﴾ كما في «الشرائع[٩] والإرشاد[١٠] واللمعة[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] والروضة[١٤]»

(١ و٧) غاية المراد: في لواحق الشفعة ج ٢ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٢ و٥) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٦.

(٣ و٦) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٠.

(٤ و٨ و١٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٥ و٤٠٦.

(٩) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.

(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٦٩.

(١٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٠.

(١٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٣.

ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدّة الخيار على رأي،

وغيرها[1]، لأنّها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه. وأشار بقوله: وغيرهما، إلى أُجرة النقّاد والوزّان وغير ذلك.

[حكم ما لو زاد المشتري على الثمن بعد العقد]

قوله: ﴿ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدّةالخيار على رأي﴾ كما في «الشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والمختلف[6] والإيضاح[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10]» وظاهر «التذكرة[11]» الإجماع عليه، لأنّ المشتري يملكه بمجرّد العقد فلا عبرة بما يزاد وينقص بعده.

والمخالف الشيخ في «المبسوط» حيث حكم بإلحاق الزيادة والنقصان بالثمن في مدّة الخيار محتجّاً بأنّه بمنزلة ما يفعل حال العقد، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الّذي يستقرّ عليه العقد. ومعناه أنّ هذا هو الّذي استقرّ عليه[12].

(١ و١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٢٨ و٢٩.
(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.
(٣ و١١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٤.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٦) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.
(٧) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٠.
(٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٦.
(٩) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١١.
(١٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

وهذا التعليل لا يدلّ على أنّ حكمه هنا بالإلحاق مبنيّ على ظاهر مذهبه في البيع من أنّ الملك لا ينتقل إلى المشتري إلّا بانقضاء الخيار، لأنّه أعمّ منه، لكن الجماعة[١] فهموا منه أنّه بنى الحكم فيما هنا على ما هنالك، ولو كان كذلك لخصّ الحكم بما إذا كان الخيار للبائع أو لهما، لأنّا قد حكينا عنه في الباب عند شرح قوله في آخر الفصل الأوّل «والأقرب عدم اشتراط اللزوم»[٢] أنّ الخيار إن كان للمشتري وحده ينتقل إليه الملك، وإن كنّا قد تأوّلناه له في باب الخيار[٣]. نعم في خيار «الخلاف[٤]» أنّ الملك يزول عن البائع إذا كان الخيار للمشتري ولا ينتقل إلى المشتري إلّا بعد انقضاء الخيار. ولعلّه إلى ما في المبسوط أشار في «الشرائع» بقوله: وقال الشيخ يلحق بالعقد، لأنّه بمنزلة ما يفعل في العقد وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد[٥]، إذ الظاهر أنّ مراده أنّ إطلاق الشيخ إلحاق الزيادة والنقيصة بالثمن في زمن الخيار لا يتمّ على تفصيله مطلقاً، لأنّه يتمشّى على تقدير كون الخيار للبائع أو لهما لعدم الانتقال، أمّا على تقدير كون الخيار للمشتري فيشكل على مذهبه من انتقال الملك إليه هذا. وينسحب على قول الشيخ إنّه لو كان الثمن غير مثلي وجوب القيمة يوم انقضاء الخيار. ولايخفى أنّه يلزم على قول الشيخ أنّ كلّ زيادة في زمن الخيار بعد العقد تصير ثمناً وتدخل في العقد من دون صيغة ولا عقد وإن لم تفد هذه الزيادة فائدة في حال التعلّق حيث يكون للبائع خيار ولا في حال التزلزل حيث يكون الخيار للمشتري على ما في الخلاف.

---

(١) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١١. وانظر تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٤.

(٢) تقدّم في ص ٤٤٦ ـ ٤٥١.

(٣) تقدّم في ج ١٤ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٤) الخلاف: في البيوع ج ٣ ص ٢٢ مسألة ٢٩.

(٥) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.

ولا يسقط عنه ما يحطّه البائع وإن كان في مدّة الخيار. ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري.

[حكم ما لو أسقطه البائع من الثمن]

قوله: ﴿ولا يسقط عنه ما يحطّه البائع وإن كان في مدّة الخيار﴾ كما في «السرائر[1] والشرائع[2]» وجميع ما ذكر بعدها في المسألة المتقدّمة[3] ما عدا الإرشاد فإنّه لم يتعرّض فيه لهذه. وظاهر «الإيضاح» الإجماع عليه حيث قال: عندنا[4]. والمخالف في هذه أيضاً الشيخ كما عرفت[5].

قوله: ﴿ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري﴾ كما في «التذكرة[6] والإرشاد[7] وجامع المقاصد[8] ومجمع البرهان[9]» والمراد أنّ أرش العيب يسقط من الثمن عن الشفيع إذا أخذه المشتري من البائع. ووجهه أنّه جزء من الثمن فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو ما يبقى بعده. وأمّا إذا أسقطه ولم يأخذ الأرش فله الأخذ بجميع الثمن لا بحذف الأرش أو الترك بالكلّية، لأنّ الثمن حينئذٍ قد صار ما وقع عليه العقد من غير نقصان. وبه صرّح في «الإرشاد[10]» وغيره[11]. ولا يفرّق في ذلك بين كون الثمن في مقابلة الأجزاء أو في مقابلة المجموع، لأنّه بعد رضاه بالعيب يصير الكلّ ثمناً، وهو ممّا لا خلاف فيه.

---

(١) السرائر: فيما لو اشترى شقصاً وقبض منه بالشفعة ج ٢ ص ٣٩٥.

(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٨.

(٣) تقدّم ذِكره في ص ٥٧٨.

(٤) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٠.

(٥) تقدّم ذِكر خلافه في ص ٥٧٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٧.

(٧ و ١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٦.

(٩ و ١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٣.

ولو كان الثمن مؤجّلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليّاً،

[حكم ما لو كان الثمن مؤجّلاً]

قوله: ﴿ولو كان الثمن مؤجّلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليّاً﴾ كما في «المقنعة[1] والنهاية[2] والمهذّب[3] والغنية[4] والسرائر[5] والشرائع[6] والنافع[7] وكشف الرموز[8] والتذكرة[9] والتحرير[10] والإرشاد[11] والمختلف[12] والإيضاح[13] والدروس[14] والمقتصر[15] وجامع المقاصد[16]» وكذا «مجمع البرهان[17]» ولعلّه قد يظهر من «التنقيح[18]

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦٢٠.
(٢) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.
(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.
(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.
(٥) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٨.
(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٢.
(٧) المختصر النافع: في كيفية الأخذ بالشفعة ص ٢٥٠.
(٨) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٦.
(٩) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦١.
(١٠) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٤.
(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧.
(١٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٥.
(١٣) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١١.
(١٤) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٤.
(١٥) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٧.
(١٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٧.
(١٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٨.
(١٨) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٢ ـ ٩٣.

والمهذّب البارع[١] والمسالك[٢]» وهو قول الأكثر كما في «جامع المقاصد[٣]» والأشهر كما في «المسالك[٤]» وعليه عامّة مَن تأخّر كما في «الرياض[٥]» وقد يلوح من «جامع المقاصد» الإجماع حيث قال: والّذي صرّحوا[٦] به وفي «الخلاف[٧]» نسبته إلى قوم من أصحابنا، وهو يرشد أنّ به قائلاً غير المفيد ممّن تقدّم عليه. وبهذا القول قال أحمد ومالك[٨] والشافعي[٩] في القديم. وفي «المقنعة» تقييد الضمين الّذي هو المراد من الكفيل في العبارة وغيرها بما إذا كان ثقة[١٠]. وفي «التذكرة» تقييد الشفيع المليّ بكونه موثوقاً به[١١]. وعبارة «المختلف» في جوابه عن حجّة الشيخ كما ستسمع[١٢] قد تعطي أنّه متى طلب المشتري من الشفيع ضميناً أُجيب إليه. واستوجهه في «جامع المقاصد[١٣]» لو كان به مصرّح. وفي «الغنية[١٤]» أن هذا لا يتفرّع على مذهب من قال من أصحابنا أنّ حقّ الشفعة لا يسقط بالتأخير، وهو ممّن قال به.

والمخالف الشيخ في «الخلاف[١٥] والمبسوط[١٦]» وأبو عليّ والطبرسي فيما حكي[١٧] عنهما فقالوا: إنّ الشفيع يتخيّر بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً أو يصبر

---

(١) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٣.

(٢ و٤) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٣ و٦ و١٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٧.

(٥) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٣.

(٧ و١٥) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٤ مسألة ٩.

(٨) راجع المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ص ٥٠٧، والموطّأ: في الشفعة ضمن ح ٣ص ٧١٥.

(٩) راجع فتح العزيز المطبوع مع المجموع: في الشفعة ج ١١ ص ٤٥٠.

(١٠) المقنعة: في الشفعة ص ٦٢٠.

(١١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٢.

(١٢) ستأتي عبارته في ص ٥٨٤.

(١٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(١٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٢.

(١٧) حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٥.

إلى انقضاء الأجل ويأخذ بالثمن في وقت حلوله. وبه قال أبو حنيفة[١] والشافعي[٢] في الجديد. وقال في «الخلاف» أيضاً: إنّ ما ذكره في النهاية قويّ[٣]. ولا ترجيح في «الكفاية[٤]» وذهب في «الرياض[٥]» إلى أنّه يخيّر بين الأُمور الثلاثة إن لم يكن إحداث قول ثالث وستعرف أنّه ليس بشيء، ولأنّه إحداث قول ثالث.

حجّة الأوّلين[٦] أنّ الشفيع بمنزلة المشتري، وليس للمشتري أكثر من حقّه لاقدراً ولا أجلاً، ولكن إن لم يكن الشفيع مليّاً كان له أن يطلب منه إقامة ضمين وإن لم يكن البائع قد أخذ منه ضميناً لمكان قهره وخوف ضرره. ونظرهم في ذلك إلى حسنة الغنوي[٧] فإنّها قد دلّت على استحقاق الشفعة بالثمن، والمراد المماثل قطعاً، وإنّما تتحقّق المماثلة بالمساواة في الأجل، لأنّه له قسط من الثمن. وهذا يدلّ على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع هنا للعذر، وأمّا الفورية في أخذ الشقص فإنّما جاءت من أدلّة الفور. واحتمال[٨] أنّ مراعاة مال المشتري وثمنه عن الذهاب عذر يوجب الإخلال بالفور ـ ولهذا لم يجعل الشيخ في «الخلاف والمبسوط» الإخلال بالفورية هنا موجباً لسقوط الشفعة، وهو ممّن يرى فيها أنّها على الفور ـ فمدفوع بأنّا نجمع بين الحقّين، فنراعي الفورية بإلزامه بأخذ الشقص فوراً ونراعي حفظ مال المشتري عن الذهاب بأخذ الكفيل منه مطلقاً أو مع عدم

(١) راجع المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٠٧.
(٢) راجع فتح العزيز: في الشفعة ج ١١ ص ٤٥٠، لاحظ المغني: في الشفعة ج ٥ ص ٥٠٧.
(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٤ مسألة ٩.
(٤) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٨.
(٥) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٦) كما في الحدائق الناضرة: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢٠ ص ٣٣٤، ومجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٨.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٦.
(٨) كما في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٣.

الملاءة. فكان مذهب الأصحاب متوجّهاً على القول بالفوريّة. ويجب على القائلين بالتراخي كصاحب «الغنية[١]» وصاحب «السرائر[٢]» أن يقولا بمقالة الشيخ.

وبذلك يظهر لك ما احتجّ به في «المختلف[٣]» وتبعه الجماعة[٤] بقوله: إنّ حقّ الشفعة على الفور، فترك الطلب إلى الأجل تأخير للطلب، وهو مسقط للشفعة وأداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن، وهي غير واجبة على الشفيع، فالقول الثاني يستلزم أحد المحذورين إمّا إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها أو التزام الشفيع بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطل. بيان الملازمة: أنّا إن جوّزنا له التأخير لزم الأوّل وهو باطل لما تقدّم من أنّها على الفور، وإن لم نجوّز له ذلك ألزمناه بزيادة صفة هي تعجيل الثمن من غير موجب، انتهى. إذ فيه: أنّ تجويز أحد الأمرين على التعيين غير تجويزهما على التخيير، والخصم قائل بالتخيير، فله عنده أن يأخذ عند الأجل مراعاة للمشتري فهي عذر وأن يأخذ حالاً ويكون هو أسقط حقّه من التأجيل. وليس تلك إلّا أن تقول له خيّره بين ما نقول أيضاً أو ألزمه به، وهو قائل بأنّه مخيّر بين ما تقوله وبين الأمرين الآخرين، لأنّه إذا أباح له تعجيل الأخذ وتعجيل الثمن أباح له قطعاً تعجيل الأخذ وإقامة الكفيل. وبذلك يظهر لك ما في «الرياض[٥]» من احتمال كونه قولاً ثالثاً إلّا أن تتأمّل في الملازمة الّتي قطعنا بها.

وأمّا إلزامه بما يقول: فإنّه يقول لا يلزمني ذلك، لأنّ التأخير هنا لعذر وهو

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٢) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٨٨.

(٣) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٥.

(٤) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٢، والبحراني في الحدائق الناضرة: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢٠ ص ٣٣٤.

(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.

حفظ مال المشتري، والإعذار لا تنافي الفورية، فهو مخيّر عنده بين الأُمور الثلاثة، وحجّتك وإلزامك لم تتعرّض فيهما لبيان الوجه في الكفيل، فكان الكفيل كتعجيل الثمن، فلابدّ لتمامية الحجّة والإلزام من بيان أنّ في إقامة الكفيل جمعاً بين الحقّين كما ذكرناه[1]. ولا كذلك تعجيل الثمن إلّا أن تقول: إنّ ذلك مراده في «المختلف» لأنّه أشار إلى ذلك في جواب حجّة الشيخ حيث قال: احتجّ في الخلاف بأنّ الشفعة قد وجبت بنفس الشراء والذمم لا تتساوى، فوجب عليه الثمن حالّاً أو يصبر إلى وقت الحلول فيطالبه بالشفعة مع الثمن، والجواب لا يلزم من عدم تساوي الذمم ثبوت أحد الأمرين، لإمكان التخلّص بالضمين، انتهى[2] فتأمّل.

وبعد ذلك كلّه فقد يقال[3]: إنّ الّذي يقتضيه النظر إذا لحظ قواعد الباب أنّ قول الشيخ أقرب للصواب، لأنّ الشفيع إذا كان لا يملك إلّا بالصيغة ودفع الثمن معاً ويجب عليه الفور فيهما وأنّه لا يجب على المشتري التسليم إلّا بعد تسلّمه الثمن كان لنا أن نقول للشفيع إذا أردت التملّك في الحال فادفع الثمن الآن، وإن قلت لا يلزمني ذلك لأنّه زيادة والتأجيل عذر فانتظر حتّى ينقضي الأجل، ولا ضرر على المشتري في شيء من ذلك. وقد نبّه على هذا السؤال مَن فاق بحُسن نظره على صغر سنّه على المشايخ الكبار من فحول الرجال، وذلك من منح ذي المنن في كلّ زمن. والجواب بأنّ الشفعة إنّما شرّعت للإرفاق بالشفيع خوفاً من ضرر القسمة لاحتياجه في بعض الوجوه إلى الخسارة لتجديد المرافق ونحوها. وفي

---

(١) تقدّم في ص ٥٨٣.

(٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٦.

(٣) لم نعثر على قائل هذا القول في المصادر، ويظهر من العبارة أنّه كان ممّا ظهر من بعض أصحاب بحثه أو من بعض مَن هو زميله في البحث وكان من الأحداث، فتدبّر. انظر إلى كلامه ﷺ كيف أثمن السؤال وبالغ في التقدير والتشويق عن هذا الصغير حسب تعبيره مع أنّه أجاب عنه بما هو متين صحيح وتعلّم منه حُسن السيرة وسلامة النفس.

وليس له الأخذ عند الأجل على رأي.

هذا تسجيل عليه وتضييق أشدّ من ضرر القسمة وما يتعلّق بها من المرافق، لأنّه إمّا أن يلزم بأن يدفع ألفاً حالّة في شقص قيمته مائة قد اشتري إلى أحوال بـألف أو يمنع عن التصرّف في شقصه والمشفوع معاً أحوالاً على بعض الوجوه، وفي هذين من الضرر الّذي لا يكاد يحتمل، وهو يخالف مشروعية الشفعة، فنظر المشهور إلى الخبر[1] المشهور «ما لا يدرك كلّه لا يترك كله» وقد استدلّوا به في عدّة مواضع، ففورية الأخذ بالصيغة ممكن والأخذ بالثمن الكثير إلى أجل حالاً تمنعه مشروعية الشفعة فأخذوا بما أمكن وتركوا ما لا يـمكن جـامعين بـين الحـقّين وعـاملين بالقاعدتين، ولا ضرر على أحد في البين.

والمراد بالملاءة كونه بحيث يقدر على أداء الثمن بحسب حاله. وحاصله أنّ المدار على العرف كما هو المختار في ملاءة وليّ الطفل في باب الزكـاة. وقـال جماعة هناك كالفاضل الميسي وتلميذه أي الشهيد الثاني[2]: أن يكون له مال بقدر ما أخذ من مال الطفل فاضلاً عن المستثنيات في الدين وعن قوت يـوم وليـلة ولعياله الواجبي النفقة، وقد تأمّلنا فيه بأنّ قوت اليوم يتجدّد يوماً فيوماً لكنّه لا يرد هنا وقد تحدث أُمور أُخر من الضمانات إلّا أن يشترط بقاء ذلك دائماً ومع ذلك قد يلزم مال في ذمّته دفعة واحدة بحيث يستغرق ماله.

قوله: ﴿وليس له الأخذ عند الأجل على رأي﴾ أشـار بـذلك إلى خلاف الشيخ ومَن وافقه كما عرفت[3].

---

(١) عوالي اللآلي: في الشفعة ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٧.

(٢) مسـالك الأفهام: في زكاة المال ج ١ ص ٣٥٦.

(٣) تقدّم في ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣.

ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع.

ولو باع شقصينَ مع شريكين لواحدٍ صفقة فلكلّ شريكٍ أخذ شفعته خاصّة. ولو اتّحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما.

[حكم حلول الثمن بموت المشتري دون الشفيع]

قوله: ﴿ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع﴾ يعني لو مات المشتري في المسألة يعني حيث يكون الثمن عليه مؤجّلاً فإنّ الثمن يحلّ عليه لأنّ الميّت إذا مات حلّت ديونه، فيبقى دَين الشفيع للمشتري مؤجّلاً. وبه صرّح في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد» كلّ على مختاره، ففي «المبسوط» إذا مات المشتري حلّ الثمن عليه وكان الشفيع مع وارث المشتري بالخيار، انتهى. ويحتمل حلوله على الشفيع، لأنّ تأجيله مسبّب عن تأجيل ما على المشتري. وفي «جامع المقاصد» أنّه ليس بشيء. وإذا مات الشفيع حلّ الدَين الّذي عليه[4]. وقد نصّ عليه في «التذكرة والتحرير والدروس[5]».

[فيما لو باع شقصين لواحد]

قوله: ﴿ولو باع شقصين مع شريكين لواحدٍ صفقة فلكلّ شريكٍ أخذ شفعته خاصّة﴾ لأنّ الشقص الآخر بالنسبة إليه غير مشفوع، فكان كما لو ضمّ المشفوع إلى غير المشفوع.

قوله: ﴿ولو اتّحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما﴾ يريد أنّه إذا باع شقصين من دارين وكان الشريك واحداً فيهما فله أخذ الجميع وأحدهما، لأنّ

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٢. (٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٢.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٤.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٨.

(٥) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٤.

ولو ترك لتوهّم كثرة الثمن فبان قليلاً أو لتوهّمه جنساً فبان غيره أو كان محبوساً بحقٍّ هو عاجز عنه أو بباطلٍ مطلقاً وعجز عن الوكالة أو أظهر له أنّ المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو بالعكس أو أنّه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنّه اشتراه لشخصٍ فبان أنّه لآخر أو أنّه اشترى الكلّ بثمنٍ فبان أنّه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس أو أنّه اشترى الشقص وحده فبان أنّه اشتراه مع غيره أو بالعكس لم تبطل شفعته.

الشركة في كلّ واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الآخر فلا تكون الشركة فيهما واحدة، ولا أثر لاتّحاد الصفقة في ذلك، فإنّ حقّه في أحدهما غير شائع في حقّ الآخر من الآخر بخلاف الدار الواحدة فإنّ سبب الشركة فيها واحد وحقّه فيها شائع. وبما في الكتاب صرّح في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وحكى في «المبسوط[7]» عن العامّة قولاً أنّ في المسألة وجهين: أحدهما ما عرفت، والثاني أنّه ليس له ذلك، لأنّه أخذ بالشفعة بعض ما وجب له بها فلم يصحّ كما لو كان الشقص واحداً فأخذ بعضه وترك بعضه فإنّه لم يصحّ، والأصحاب لشدّة ضعفه لم يذكروه احتمالاً ولو على بُعد.

[فيما لو أخّر الأخذ بالشفعة لعذر]

قوله: ﴿ولو ترك لتوهّم كثرة الثمن فبان قليلاً أو لتوهّمه جنساً

(١ و ٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣ و ١٢٤.
(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦١.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٥.
(٤) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٨.
(٦) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

فبان غيره أو كان محبوساً بحقٍّ هو عاجز عنه أو بباطلٍ مطلقاً وعجز عن الوكالة أو أظهر له أنّ المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو بالعكس أو أنّه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنّه اشتراه لشخصٍ فبان أنّه لآخر أو أنّه اشترى الكلّ بثمن فبان أنّه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس أو أنّه اشترى الشقص وحده فبان أنّه اشتراه مع غيره أو بالعكس لم تبطل شفعته﴾ هذه المثل قد ذكرت كلّها في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» وذكر بعضها في موضع من «المبسوط[3] والشرائع[4]» وبعضها في موضع آخر، وذكر بعضها في «التحرير[5] والإرشاد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]».

وقد عقد لها ضابطاً في «المبسوط[9]» قال: وجملته أنّ الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ لغرض صحيح ثمّ بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته. وبمعناه ضابط «جامع المقاصد» قال: كلّ أمر لو ظهر له وقوع البيع عليه والغرض الصحيح قد يتعلّق بغيره فتبيّن خلافه فالشفعة بحالها لا تبطل للعذر[10]. وفي «المسالك» أنّ مرجع الجميع إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخلّ بالفورية المعتبرة، انتهى[11] فتأمّل.

قلت: حاصل مراد الجميع أنّ التأخير في الأخذ بالشفعة لا يضرّ بالفورية

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٥.
(٢ و١٠) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩ و٤١٠.
(٣ و٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٢ و١٥٣.
(٤) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩ و٢٦٢.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢.
(٦) إرشاد الأذهان: في شرائط الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.
(٧ و١١) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣١٧ و٣٥٨ و٣٣٦.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ٢٢ ـ ٢٣.

حيث يكون لعذر واضح كالحبس ونحوه أو يكون لعذر ليس بتلك المكانة من الوضوح كالجهل بخصوص البيع الواقع على وجهٍ قد يتعلّق غرض الشفيع بغيره، ويكون ذلك الغرض أمراً مقصوداً للعقلاء، فإنّ الجهل بذلك عذر. والعذر مستثنى من أدلّة القول بالإجماع والعقل وإن تناولته، إذ الأصل فيها الأصل والإجماع والخبران النبويّان كما تقدّم[1]، فلو ترك الشفعة لتوهّم كثرة الثمن لوجود أمارة توهم ذلك فبان قليلاً فالشفعة باقية، لأنّ قلّة الثمن مقصودة في المعاوضة. وكذا لو اعتقده دنانير فظهر دراهم فترك أو بالعكس، لأنّ الغرض قد يتعلّق بجنسٍ دون جنسٍ آخر لسهولة حصوله بالنسبة إليه ونحو ذلك. وكذا لو كان محبوساً بحقّ هو عاجز عنه، لأنّه معذور في ترك السعي بخلاف القادر فإنّ التأخير من قبله، إذ يجب عليه دفع الحقّ ليخلص من الحبس، أو كان الحبس بسبب باطل وإن كان قادراً عليه، لكن يشترط في الحبسين عجزه عن الوكالة، فإن قصّر في الوكالة فلا شفعة له. ولو وكّل مع حبسه بحقٍّ هو قادر عليه فالشفعة بحالها، إذ لا تقصير. وكذا لو أظهر له مظهر أنّ المبيع قليل فظهر خلافه، لأنّ الغرض قد يتعلّق بالكثير، وكذا عكسه. وكذا لو أظهر أنّه اشترى الشقص لنفسه فبان أنّه اشتراه لغيره فكذلك، لأنّ الغرض قد يتعلّق بالأخذ من شخص دون آخر. ومثله العكس. ولو أظهر أنّه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان أنّه اشتراه مع غيره فكذلك، لأنّ الثمن حينئذٍ قد يكون أقلّ والغرض قد يتعلّق بذلك. ومثل ذلك ما لو أظهر أنّه باعه بثمن حالّ فترك ثمّ بان أنّه مؤجّل دون العكس لما يأتي، أو أنّه باعه إلى شهر فترك فظهر أنّه إلى شهرين، وهكذا لاختلاف الغرض بذلك أيضاً.

---

(١) تقدّم في ص ٥٥٢.

ولو أظهر أنّه اشتراه بثمنٍ فبان أنّه اشتراه بأكثر أو أنّه اشترى الكلّ بثمنٍ فبان أنّه اشترى به بعضها بطلت شفعته.

وتصرّف المشتري قبل الأخذ صحيح،

قوله: ﴿ولو أظهر أنّه اشتراه بثمنٍ فبان أنّه اشتراه بأكثر أو أنّه اشترى الكلّ بثمنٍ فبان أنّه اشترى به بعضها بطلت شفعته﴾ كما في «المبسوط[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤]» بل في «التذكرة[٥]» أنّها تبطل قطعاً، وهو كذلك. وكذلك لو قال: اشتريته بمائة إلى سنة فتركه فظهر أنّه اشتراه بها حالاً كما في «المبسوط[٦] والتذكرة[٧]».

[في تصرّف المشتري قبل الأخذ بالشفعة]

قوله: ﴿وتصرّف المشتري قبل الأخذ صحيح﴾ كما في «المبسوط[٨] والشرائع[٩] والتذكرة[١٠] والتحرير[١١] والدروس[١٢] واللمعة[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والمسالك[١٥] والكفاية[١٦]» وهو قضية كلام

(١ و٦ و٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٢ و١٣٩.

(٢ و٥ و٧) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٤.

(٣ و١١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢ و٥٧٥.

(٤ و١٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٠ و٤١١.

(٩) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥١.

(١٢) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(١٥) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.

(١٦) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

فإن أخذه الشفيع بطل،

المهذّب[1] وغيره[2]، بل الظاهر اتّفاق الخاصّة والعامّة على ذلك كما يفهم من «التذكرة[3] والمسالك[4]» ولم يحك الخلاف إلّا عن ابن شريح، لأنّه واقع في ملكه، لأنّه مالك مستقلّ، وثبوت حقّ التملّك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرّف، كما أنّ حقّ التملّك للواهب بالرجوع لا يمنع المتّهب من التصرّف، وكما أنّ حقّ التملّك للزوج بالطلاق لا يمنع الزوجة من التصرّف. ونظر ابن شريح إلى أنّ للشفيع حقّاً لاسبيل إلى إبطاله فأشبه حقّ المرتهن[5]، وهو قياس مع الفارق.

قوله: ﴿فإن أخذه الشفيع بطل﴾ كما هو قضيّة كلام جميع الكتب المتقدّمة، بل هو صريحها كما ستسمع، بل لم يحك الخلاف هنا إلّا عن المروزي[6]، لأنّ حقّ الشفيع ثبت بأصل العقد فلا يتمكّن المشتري من إبطاله.

ثمّ إنّ تصرّفه يقع على نوعين: أحدهما ما تثبت فيه الشفعة كالبيع، والثاني ما لاتثبت فيه الشفعة كالوقف ونحوه كما يأتي بيان[7] الحال فيهما.

ونظر المروزي إلى أنّ التصرّف إذا كان صحيحاً كانت الشفعة باطلة لمنافاة صحّته لبقائها ثمّ لا تتجدّد، لأنّه تصرّف مبطل للشفعة فلا يثبتها. وقد ضعّفهما أصحابه وأصحابنا لسبق الحقّ ووجود المقتضي.

---

(١) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.
(٢) كما في الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٠.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥١.
(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(٥) راجع فتح العزيز (المجموع): في الشفعة ج ١١ ص ٤٦٧.
(٦) فتح العزيز (المجموع): في الشفعة ج ١١ ص ٤٦٧.
(٧) سيأتي في الصفحة الآتية وما يليها.

فلو تصرّف بما تجب به الشفعة تخيّر الشفيع في الأخذ بالأوّل أو الثاني،

قوله: ﴿فلو تصرّف بما تجب به الشفعة تخيّر الشفيع في الأخذ بالأوّل أو الثاني﴾ كما في «المبسوط[1] والمهذّب[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والدروس[6] واللمعة[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] والروضة[10] والكفاية[11] والمفاتيح[12]» ومعناه أنّه إذا باعه المشتري قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة تخيّر في الأخذ بالبيع الأوّل أو الثاني، لأنّ كلّاً منهما سبب تامّ في ثبوت الشفعة، فالتعيين إلى اختياره وكذلك الحال لو زادت العقود عن الاثنين، فإن أخذ بالشراء الأوّل دفع الثمن وبطل المتأخّر مطلقاً، وإن أخذ بالأخير أخذ بثمنه وصحّ السابق مطلقاً، لأنّ الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وإن أخذ بالمتوسّط أخذ بثمنه وصحّ ما تقدّمه وبطل ما تأخّر عنه ولولا ما يظهر من عدم تأمّلهم فيه لكان الاقتصار على الأخذ بالبيع الأوّل أوفق بالأصل، فتأمّل، وتصوير ذلك وتفصيله في كلام المصنّف.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٠.
(٢) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.
(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥١.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٥.
(٦) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١١.
(٩) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(١٠) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١١.
(١١) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ٣ ص ٧٩.

فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين، فإن أخذ من الأوّل دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأوّل بعشرين لأنّ الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده، وكذا الثاني، ولو أخذ من الثاني صحّ الأوّل ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحّت العقود ودفع ثلاثين.

ولو وقّفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كلّه،

قوله: ﴿فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين، فإن أخذ من الأوّل دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأوّل بعشرين لأنّ الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده، وكذا الثاني، ولو أخذ من الثاني صحّ الأوّل ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحّت العقود ودفع ثلاثين﴾ هذا كلّه في نفسه ظاهر لا يحتاج إلى بيان وستسمع[1] ما فيه. وقوله «بعشرة» متعلّق بالمشتري، وقوله «بعشرين» متعلّق بباعه.

قوله: ﴿ولو وقّفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كلّه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7]» وهو قضية

---

(١) يأتي في ص ٧٢١ ـ ٧٢٧.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٠.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٢.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٥.
(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١١.
(٦) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(٧) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة،

إطلاق «الدروس[١] واللمعة[٢] والكفاية[٣] والمفاتيح[٤]». وفي «المبسوط[٥]» الإجماع على أنّه له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجداً أو أخذه بالشفعة. واقتصر في «الخلاف[٦] والشرائع[٧]» على إبطال وقفه وجعله مسجداً ولم يذكر الهبة. قال في «المسالك»: إنّه في الشرائع أراد التنبيه بذلك على خلاف بعض العامّة حيث حكم بعدم نقض الوقف وآخرين حيث حكموا ببطلان تصرّف المشتري[٨]. ومستند الأصحاب في ذلك إلى أنّ حقّه أسبق فكان أحقّ كما سبق[٩].

قوله: ﴿والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة﴾ يريد أنّ للواهب أن يأخذ الثمن لأنّ له أن يرجع في أصل الهبة إن لم تكن لازمة فله أن يرجع في ثمن الموهوب، قال في «جامع المقاصد»: ومقتضى كلامه هذا أنّه إن لم يرجع كان الثمن للمتّهب[١٠]. قلت: هو خلاف ظاهر الأكثر[١١] وخلاف صريح

---

(١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٢) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(٤) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ٣ ص ٧٩.
(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٠.
(٦) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥٤ مسألة ٣٩.
(٧) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٨) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(٩) تقدّم في ص ٥٩٣.
(١٠) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٣.
(١١) منهم فخرالإسلام في إيضاح الفوائد: في الشفعة ج ٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢، وظاهر اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠، وتذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٢.

«التحرير[1] والمسالك[2] والروضة[3]» فإنّ فيها الجزم بأنّ الثمن للمشتري الواهب لا للموهوب. وصرّح في الآخرين أيضاً بأنّه لا فرق في بطلان الهبة بين اللازمة وغيرها ولا بين المعوّض عنها وغيرها.

وقال في «جامع المقاصد» أيضاً: إنّ كلام المصنّف هنا إنّما يتمّ على تقدير أن يكون الآخذ بالشفعة غير مبطل للهبة، لأنّ الأخذ إنّما يكون بالبيع السابق، ومتى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحّة التصرّف الطارئ عليه. ولهذا لو كان تصرّف المشتري بالبيع حكمنا بأنّه إن أخذ بالبيع الأوّل بطل الثاني واستردّ المشتري الثاني الثمن[4].

قلت: لنا أن نقول بعدم الجزم بصحّة العقد ينبغي أن نجري على القواعد وأن نقتصر في الإبطال على محلّ الحاجة وما يجمع به بين الحقّين، ففي الوقف لابدّ من إبطاله بالكلّية والإبطال في غيره كالبيع والهبة إبطال اختصاص المشتري الثاني والمتّهب بالعين لا الثمن. والفائدة في المتّهب واضحة. وتظهر الفائدة في البيع فيما إذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشرة ثمّ فسخ الشفيع فإنّ العشرين تكون للمشتري الثاني والمتّهب كما يأتي[5]. وكلام الجماعة ما عدا المصنّف هنا وفي التحرير لا يأبى ذلك. ثمّ إنّا لا نجد فرقاً بين الهبة والبيع، فلا وجه لتفرقة المصنّف هنا بينهما. ومقتضى القواعد والجمع بين الحقوق هو ما قلناه.

وقال في «جامع المقاصد»: ثمّ إنّه كيف يتصوّر كون الأخذ من المشتري

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٦.

(٢) مسالك الأفهام: في كيفية أخذ الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.

(٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١١.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٣.

(٥) سيأتي في ص ٧٢١ ـ ٧٢٧.

وإلّا فإشكال.

والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتّهب[١]. قلت: هذا كما يكون منافياً كما ذكره في الهبة الجائزة فهو منافٍ لما ذكره من الإشكال في الهبة اللازمة. وقد يقال[٢]: إنّ ما استبعده قد وقع له نظائر كاللقطة إذا تصدّق بها بعد الحول. قال: ولو قيل بأنّ الفسخ من أحد الجانبين خاصّة وهو جانب الشفيع دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري وهو باطل، ولأنّ الفسخ نسبة فلا تعقل من أحد الجانبين[٣]. قلت: سيأتي[٤] مثله عن الشهيد في الإقالة. قال: وفيه مناقشة اُخرى وهي أنّه على ما ذكره في الهبة الجائزة من أنّ له الرجوع بالثمن نظراً إلى أنّه له أن يرجع في الأصل يجب أن لا يكون له الرجوع بالثمن في الهبة اللازمة لانقطاع حقّه منها[٥]. قلت: ستسمع استشكاله في ذلك. قال: والحاصل أنّ الأخذ بالشفعة إمّا أن يقتضي إبطال الهبة فالثمن للواهب وجهاً واحداً أو لا فالثمن للمتّهب مع اللزوم وجهاً واحداً وبدونه يتخيّر[٦].

قوله: ﴿وإلّا فإشكال﴾ أي وإن كانت الهبة لازمة ففي كون الثمن للواهب أو للمتّهب إشكال ينشأ من بطلان الهبة بالأخذ لسبق حقّ الشفيع ومن أنّها قد لزمت من جهة الواهب، فيمكن الجمع بين الحقّين، إذ حقّ الشفيع إنّما هو في العين ولا شغل له بإبطال الهبة من رأس، فيأخذ العين وتبقى الهبة بحالها ويكون الثمن للمتّهب. ويكون المراد من الإبطال إبطال اختصاص المتّهب بالعين لا إبطال أصل

(١ و٣ و٥ و٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٣.

(٢) لم نعثر على قائله، فراجع لعلّك تجده إن شاء الله.

(٤) سيأتي في ص ٥٩٩ ـ ٦٠٦.

فإن قلنا به رجع المتّهب بما دفعه عوضاً، وإلّا تخيّر بينه وبين الثمن.

الهبة. وهو خيرة «التذكرة[1] والإيضاح[2]».

وفي «الحواشي[3]» أنّ المنقول أنّ الهبة إن كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقاً، وكذا إذا تصرّف لأنّها قد صارت لازمة، انتهى. وفي «جامع المقاصد[4]» أنّه ليس بشيء وأنّ الأصحّ أنّ الهبة تبطل في الموضعين ويرجع الأمر كما كان، لأنّ الشفيع إنّما يأخذ بالبيع الأوّل من المشتري والدرك عليه والثمن حقّ له، وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة، وهذا الإشكال ضعيف جدّاً، انتهى. قلت: ليس هناك إلّا حقّ واحد وهو كون الدرك عليه، وقد جعله مستمسكاً في هذه المقامات، مع أنّه يمكن أن يقال[5]: إنّ الشارع أثبته له عليه عقوبة كما أثبت له الأخذ منه قهراً حيث لم يستأذنه ولم يستأمره أو لم يسأل ويستفصل، وإلّا فقد يقتضي الأخذ منه قهراً أن يكون الدرك على البائع. والغرض أنّ الأمر ليس بتلك المكانة من الضعف بعد ما سمعته عن الفخر والشهيد.

قوله: ﴿فإن قلنا به رجع المتّهب بما دفعه عوضاً، وإلّا تخيّر بينه وبين الثمن﴾ يريد أنّا إن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتّهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوّض فيرجع به، وإن قلنا بكونه للمتّهب تخيّر ـ أي المتّهب ـ بينه ـ أي بين العوض ـ وبين الثمن بأن يفسخ الهبة ويرجع بالعوض لفوات الموهوب الّذي هو بدل العوض، أو يبقيها فيأخذ الثمن، لأنّه حقّه للزوم الهبة من طرف

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٢ و٢٧٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢.

(٣) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٤.

(٥) لم نعثر على قائله، ولعلّه من إبداع نفسه واختراع فكره.

فإن تقايل المتبايعان أو ردّ بعيبٍ فللشفيع فسخ الإقالة والردّ، والدرك باقٍ على المشتري،

الواهب. وينبغي أن يتأمّل في الأوّل إذا كان عالماً بأنّه يؤخذ بالشفعة، بل إذا كان جاهلاً ولم يغرّه البائع إلّا أن تقول إنّ الجهل عذر. قال في «جامع المقاصد»: وقد عرفت ضعف ذلك كلّه[1]. وما زاد في «الإيضاح» على تفسير العبارة، وقد عرفت الأصحّ عنده.

[فيما لو تقايل المتبايعان]

قوله: ﴿فإن تقايل المتبايعان أو ردّ بعيبٍ فللشفيع فسخ الإقالة والردّ، والدرك باقٍ على المشتري﴾ أمّا أنّه له فسخ الإقالة إذا تقايل المتبايعان فقد صرّح به في «المبسوط[2] والمهذّب[3] والوسيلة[4] والسرائر[5] والشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] وشرحه» لولده[10] و«الدروس[11]

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٤.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٩.
(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.
(٤) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.
(٥) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٩٤.
(٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩.
(٧) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.
(٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٦.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(١٠) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٣ س ٧.
(١١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.

واللمعة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] ومجمع البرهان[٥] والكفاية[٦] والمفاتيح[٧]» لسبق حقّ الشفيع على حقّ البائع من حيث إنّ الشفعة استحقّت بالشراء والتقايل لاحق للعقد فتقدّم الشفعة، فله فسخ الإقالة والأخذ من المشتري على قاعدة الشفعة ويعود الدرك على المشتري.

وقد يقال[٨]: بتقديم الإقالة وليس تخصيص دليلها بغير صورة الشفعة بأولى من العكس، بل العكس أولى، لعدم الخلاف في الإقالة، إلّا أن يقال بجواز الأخذ من البائع بعد الإقالة، لثبوت الشفعة وعدم المنافاة بينها وبين الإقالة، فكان البائع قد ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة، ولا يضرّ ثبوت أخذ الشفعة عندهم من المشتري في غير هذه الصورة، بل الأخبار خالية من الأخذ من المشتري، بل هي ظاهرة في الأخذ من البائع، وسيأتي[٩] للمصنّف الجزم بأنّ الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا. وقال الشيخ في «الخلاف[١٠]»: إنّ الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادّعى المالك البيع وأنكر المشتري وحلف فالأخذ من البائع ليس ببدع كما يأتي[١١]. ومع ذلك فقد يقال[١٢]: إنّ الشفعة تبطل وقفية

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٤.

(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١.

(٤) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٢.

(٦) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

(٧) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ٣ ص ٧٩.

(٨) القائل هو المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٢.

(٩) سيأتي في ص ٦٠٧ ـ ٦٠٩.

(١٠) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥١ مسألة ٣٤.

(١١) سيأتي في ص ٣٧٦.

(١٢) لم نعثر على قائله.

المسجد بالإجماع وغيرها كما تقدّم[١] لسبقها فكيف لا تـقدّم عـلى الإقـالة مـع وجود العلّة؟ ثمّ إنّ الأخذ من المشتري واضح قد ادّعى عليه الإجماع في «الغنية[٢] والسرائر[٣]» لأنّه المالك فلايحتاج إلى التنبيه عليه في الأخبار. وستسمع[٤] ما في هذا الإجماع.

وقال الشهيد في «حواشيه[٥]»: إنّه يفهم من فسخ الإقالة والردّ أمـران: الأوّل الفسخ مطلقاً أي بالنسبة إلى الجميع فتكون الإقالة والردّ نسياً منسياً. الثاني أنّـه بالنسبة إلى الشفيع خاصّة، لأنّهما مالكان حال التصرّف فيترتّب أثـر تـصرّفهما عليه. قال: وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الأوّل نماء الثمن بعد الإقالة والردّ للبائع ونماء المبيع للمشتري، وعلى الثاني بالعكس. وقال في «جامع المقاصد[٦]»: فـي مناقشته: إنّ الإقالة والردّ يقتضيان الفسخ والفسخ لا يتجزّأ، فإمّا الصحّة مطلقاً أو البطلان مطلقاً وحيث كان الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً، انتهى.

قلت: فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ ولا يبطلها من أصلها كما هي قاعدة المفسوخ لنظائرها، فنماء المبيع المنفصل المتخلّل بين الإقالة وفسخها للبائع ونماء الثمن للمشتري، فالوجه الأوّل من وجهي الشهيد لا وجه له أيضاً لعدم المقتضي لرفع الإقالة من رأس بعد وقوعها من مالك يحتمل أن يؤخذ منه وأن لا يـؤخذ، فكانت كالفسخ بالعيب لا يبطل إلّا من حينه، فإن كان المحقّق الثاني يوافق الشهيد

---

(١) تقدّم في ص ٥٩٣.

(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٤) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٥) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٥ س ١٥، (من كتب مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية قم).

(٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٥.

في اختيار الشقّ الأوّل فقد علمت ما فيه من الفساد، لأنّه يقضي بأن يكون تصرّف المشتري غير صحيح جزماً بل مراعى موقوف كالفضولي، وهو خلاف ما صرّحوا به وانعقد عليه الإجماع بل كاد يكون هذا موافقاً لابن شريح[1] وليس به، بل هو ثالث مخالف للإجماع البسيط والمركّب، وإن كان مراد المحقّق الثاني أنّها تنفسخ من حينها وحين الفسخ تدخل في ملك المشتري آناً مّا فيكون أخذ الشفيع من المشتري كما قالوه فيما إذا تلف المبيع قبل قبضه فإنّه عند أوّل آنات التلف يدخل في ملك البائع آناً ما فيكون التلف من ماله، لكنّهم إنّما التزموا ذلك هناك لمكان الخبر والإجماع على الأخذ من المشتري، والأخبار هنا قد يدّعى ظهورها في خلافه كما سمعت[2]، فلم يبق إلّا دعوى الإجماع المحصّل والمنقول في «الغنية والسرائر». ويمكن تنزيل المنقول على ما إذا لم يتصرّف المشتري، لأنّ ذلك هو المعلوم المحصّل وما عداه مشكوك فيه مخالف للقواعد والأُصول، فما المانع من أن يقال فيما إذا تصرّف فيه المشتري بإقالة أنّه يأخذ من البائع وما إذا تصرّف بهبة أو بيع من المتّهب والمشتري الثاني وإذا تصرّف بوقف من المشتري جرياً على قواعد الباب وغيره، أمّا قواعد الباب فلإجماعهم على أنّ تصرّف المشتري صحيح غير موقوف، وأمّا قواعد غيره فإنّ مَن انتقل إليه الشقص يكون مالكاً له فيكون الأخذ منه، وليس ينافيه إلّا أنّ الإجماع منعقد على أنّ الدرك على المشتري وقد قلنا[3] إنّه عقوبة، وقد قدّمنا[4] أنّ كلام القوم لا ينافي ذلك ما عدا «التحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة» فإنّها لا تقبل التأويل فليلحظ ذلك، بل في كلام القوم ما يدلّ على ذلك حيث يقولون في توجيه أخذه من

---

(١) تقدّم في ص ٥٨٨.

(٢) تقدّم في ص ٦٠٠.

(٣) تقدّم في ص ٥٩٧ ـ ٥٩٨.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٥ ـ ٥٩٦.

المشتري لأنّه المالك الآن وقد انقطع سلطان البائع.

وأمّا أنّه له فسخ الردّ بالعيب فقد صرّح بـه فـي «المـبسوط[1] والوسـيلة[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والدروس[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» لأنّ استحقاق الفسخ بالعيب فرع دخول المعيب في ملكه ودخوله في ملكه إنّما يتحقّق بوقوع العقد صحيحاً وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان، لأنّ الأخذ بالشفعة والفسخ بالعيب متساويان في الثبوت، لأنّهما فـرع العقد، فكان الردّ بالعيب كالهبة والبيع والوقف والإقالة فرع الملك والعقد، ولكن يفرّق بين هذه وبين الردّ بالعيب والأخذ بالشفعة أنّهما يثبتان قهراً من دون توقّف على رضا البائع في الأوّل ورضا المشتري في الثاني بخلاف الهبة والبيع ونحوها فإنّهما يتوقّفان على رضا الطرفين. ولهذا قالوا: إنّ الأخذ بالشفعة أسبق منها لكن ذلك يقضي بأنّه أقوى، واختلفوا[12] في أنّه أسبق من الردّ بالعيب أو هو مقارن له.

وكيف كان، فحقّ الشفيع هنا مقدّم بمعنى أنّ له إبطاله إن وقع والمنع مـنه إن

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٩.

(٢) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٦.

(٤) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٠.

(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٦.

(٧) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(٩) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٤.

(١٠) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٢.

(١١) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٧.

(١٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٩، وابن إدريس في السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٦، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٨.

لم يقع لعموم أدلّة الشفعة الّذي هو عندهم كالخاصّ بالنسبة إلى عمومات تلك مع استصحاب الحال، لأنّ فيه جمعاً بين الحقّين، لأنّ العيب إن كان في الثمن المعيّن وفسخ البائع فإنّه لا يمكنه الرجوع إلى المبيع لأخذ الشفيع له فتعيّن الرجوع إلى قيمة الشقص المبيع حين الردّ، لأنّه في حكم التالف وإن زادت عن قيمة الثمن ولايرجع المشتري على الشفيع بالزيادة، لأنّه يستحقّ الأخذ منه بالثمن كما أنّ الشفيع لا يرجع بالتفاوت على المشتري لو نقصت فلا ضرر على المشتري، ففي تقديم الشفيع وأخذ الثمن منه يعود حقّ كلّ واحدٍ منهما إليه. وتمام الكلام عند تعرّض المصنف لهذا الفرع، لأنّ الظاهر من كلامه هنا إنّما هو فيما إذا ردّ المشتري بالعيب في الشقص وإن كان العيب في الشقص فالمشتري يطلب الثمن وهو حاصل له من الشفيع، وليس هناك سوى الدرك وأمره سهل، بخلاف ما إذا قدّمنا البائع في الأوّل فإنّه يقتضي سقوط حقّ الشفيع من الشقص عيناً وقيمةً. وكذا لو قدّمنا المشتري على الشفيع بالفسخ حتّى يرجع المبيع إلى البائع في الثاني لفوات حقّ الشفيع من الشقص عيناً وقيمةً أيضاً. أمّا سقوطه من العين في الصورتين فظاهر، وأمّا سقوطه بالنسبة إلى القيمة فلاحتمال زيادة مثل الشقص عن الثمن المعقود به أو تزايد قيمته من حين العقد إلى وقت الأخذ بحسب السوق.

لا يقال: بناءً على تقديم الشفيع على البائع يستحقّ البائع هذه الزيادة وتفوت منه حينئذٍ، وهو منافٍ للجمع بين الحقوق، لأنّ المفروض أنّه لم يفسخ لأجلها بل بسبب العيب في الثمن، ومع انجباره بالعوض حصل الرضا منه بإسقاطها بخلاف الشفيع.

وقد استدلّ في «المبسوط[١] والسرائر[٢] والتذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤]» وغيرها[٥] على تقديم الشفيع على المشتري بأنّ حقّ الشفيع أسبق، قال في «المبسوط»: لأنّه وجب بالعقد وحقّ الردّ بالعيب بعده، لأنّه وجب حين العلم، وإذا كان أسبق كان أحقّ. ونحوه ما في «السرائر» وفيه: أنّه يمكن أن يقال: إنّ فسخ المشتري إنّما يستند إلى العيب المقارن للعقد والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق. وأقصى ما يمكن أن يقال في الجواب هو ما أشرنا إليه آنفاً[٦] من أنّ مجرّد وجود العيب غير كافٍ في السببية، بل هو مع العقد، كما أنّ الشركة غير كافية في سببية الشفعة بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه وإن كان قد يقال[٧]: إنّ جانب العيب لا يخلو من قوّة لمقارنة العيب العقد دون الشفعة، لأنّها بعده على تأمّل في ذلك. ثمّ إنّا وجدناه في «جامع المقاصد[٨]» بعد عدّة أوراق اعترف بعدم السبق عند شرح قول المصنّف فيما يأتي بعد قائمة ويحتمل تقدّم حقّ البائع ... إلى آخره.

وأمّا أنّ الدرك باقٍ على المشتري في الصورتين فلأنّه حقّ يثبت عليه للشفيع من الشارع لعقوبةٍ أو غيرها فلا يملك إبطاله.

وليعلم أنّ الإبطال في الردّ بالعيب يتقدّر بقدره كغيره على المختار فلنا أن نقول: إنّه يأخذ من البائع. وليعلم أيضاً إنّا إن قلنا إنّ الضرر بالقسمة علّة كانت هذه المواضع وما يأتي بعدها من المخصّصات لها لأنّها ممّا تخصّص، وإن كان حكمة فالأمر واضح.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٩.

(٢) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٩٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢١.

(٤ و٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٤ و٤٣٢.

(٥) كمسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢١.

(٦) تقدّم في ص ٦٠٣ ـ ٦٠٤.

(٧) كالروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة.

وبقي هنا شيء وهو: أنّه كيف اختار المتأخّرون في غير خيار العيب من الخيارات أنّه إذا اختار ذوالخيار إذا كان للبائع الفسخ انفسخ البيع وبطلت الشفعة واختاروا هنا وجماعة من المتقدّمين تقديم حقّ الشفيع وإبطال الردّ بالعيب للمشتري مع أنّه له الخيار أيضاً؟ وقد أجبنا هناك[1] بأنّ الخيار إنّما يثبت للمشتري إذا كان عيب في المبيع وللبائع إذا كان عيب في الثمن لمكان ظلامته ولم يتعلّق غرض لواحدٍ منهما بغير ذلك وذلك يزول في المبيع بأخذ الشفيع وفي البائع بالرجوع إلى قيمة الشقص، إذ لا غرض له في الشقص سوى ردّ الظلامة، ولا كذلك البائع إذا شرط لنفسه خياراً في ماله، ولذلك قدّموا هناك حقّ الشفيع إذا كان الخيار للمشتري، إذ لا تعلّق له بغير الثمن وهو حاصل من الشفيع.

قوله: ﴿ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة﴾ إذا تقايل المتبايعان بعد رضا المشتري بالشراء وعفوه عن الشفعة لم تتجدّد له بالإقالة عندنا كما تقدّم في خاتمة البيع[2]، لأنّها ليست بيعاً مطلقاً في حقّ الشفيع ولا في غيره كما لا تتجدّد له بالردّ بالعيب لو كان قد رضي بالشراء أيضاً. ومَن قال إنّها بيع مطلقاً كأبي حنيفة[3] أو في حقّ الشفيع قال إنّها تتجدّد بها. وقد حكي[4] عن أبي حنيفة أيضاً أنّها تتجدّد بالردّ بالعيب أيضاً.

---

(١) تقدّم نقل كلام المتقدّمين والمتأخّرين في ج ١٤ ص ٢٩٤ وتقدّم ما استدلّ على ذلك كلّ منهم.

(٢) تقدّم في ج ١٤ ص ٨٣٢.

(٣) راجع الشرح الكبير بهامش المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٤٦٦.

(٤) حكاه عنه العلّامة في تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٠.

ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، لأخذه منه هنا.

[حكم أخذ الشفعة عند التخالف]

قوله: ﴿ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، لأخذه منه هنا﴾ يريد كما أنّ للشفيع أن يفسخ الإقالة والردّ بالعيب كذلك له أن يفسخ الفسخ الحاصل بالتحالف، وقد ذكر هذا الفرع في «المبسوط [1]» لبعض العامّة القائلين بالتحالف إذا أقام كلّ من المتبايعين ببيّنة بما ادّعاه من الثمن. وذكر مثل ذلك في «التذكرة [2]» وقد ذكره في الكتاب مرّة أخرى في أواخر الفصل الخامس [3].

وحاصله: أنّه لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ولم نقل بالمعروف بين أكثر الأصحاب [4] من تقديم قول البائع بيمينه مع بقاء العين بل قلنا بما قاله الشافعي [5] من التحالف حيث لا بيّنة أو به مع قيامها لكلٍّ منهما أيضاً وأنّه ينفسخ البيع حينئذٍ بنفسه أو يتسلّط البائع على فسخه كان حقّ الشفيع باقياً ويأخذ الشقص بما حلف عليه المشتري. أمّا بقاؤه وأخذه بالشفعة فلأنّها تثبت بالبيع وقد استحقّها الشفيع فلا تسقط بما طرأ بين المتبايعين ممّا يقتضي الفسخ كما تقدّم غير مرّة. وأمّا أخذه بما

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤.

(٤) منهم الشهيد الثاني في المسالك: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٤، والشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: البيع في النزاع والإقالة ج ٣ ص ٢٤١.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٤.

حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري فلأنّ البائع يفسخ البيع أو هو ينفسخ بنفسه فيرجع المبيع إليه فيكون الأخذ منه، ولو حكمنا بأخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري لوجب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حينئذٍ.

قال في «جامع المقاصد[1]»: لأنّه ما كان ذلك إلّا حذراً من دفع المبيع بما قاله المشتري، ثمّ إنّه استشكل[2] في ذلك من وجهين: الأوّل أنّه كيف يثبت ما حلف عليه البائع في حقّ الشفيع مع تكذيبه والفسخ الواقع فرع التحالف وهو في حقّ المتبايعين خاصّة دون الشفيع؟ الثاني أنّ البائع إنّما يحلف لنفي ما يدّعيه المشتري لا لإثبات ما يدّعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع؟ ثمّ قال: نعم لو قلنا بأنّه يحلف يميناً جامعةً للنفي والإثبات اندفع الإشكال. ثمّ اعترض على قوله وما كان ذلك إلّا حذراً إلى آخره بأنّ فائدة اليمين والفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله وهو المحقّق.

ونحن نقول: لايجوز أن يكون ذلك لذلك فقط بل الغرض الأقصى له أن لايؤخذ منه بالثمن الأقلّ، فإذا أخذه الشفيع بما قاله المشتري فقد أخذ منه بالثمن الأقلّ، وإنّما جاء الفسخ بالتحالف من قِبل الشارع كما هو المعروف من مذهب أكثر الأصحاب في غير ما نحن فيه. والوجه فيه انتفاء كلّ من دعوى أحدهما بيمين صاحبه، ولا سبيل إلى الجري على وفق اليمين، وتقديم أحدهما تحكّم، ولمّا رجع المبيع إلى البائع وجب الأخذ بقوله. أمّا اشتماله على ما يدّعيه المشتري وزيادة فيكون الثمن معلوماً إن قلنا بكفاية مثل ذلك في تشخيصه والعلم به، أو لأنّ الأصل فيه أن لا يخرج عن يده إلّا بقوله: والوجه الثاني من الإشكال لا وجه له أصلاً، لأنّ المفروض أنّهما تحالفا فانفسخ العقد، وإنّما قالوا ذلك فيما إذا قدّمنا

(١ و٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع وفي كيفية الأخذ بها ج ٦ ص ٤٨٥ و٤١٦.

قول البائع بيمينه فإنّهم قالوا إنّه يحلف أنّه ما باعه بالأقلّ. واعترضوه بأنّ عدم بيعه بالأقلّ لا يقتضي صحّة دعواه وإثباتها بيمينه، إلّا أن يعترف المشتري بأنّ العقد وقع على أحد الثمنين لا غير وإلّا حلف يميناً جامعةً.

نعم لك أن تقول: إنّهم حكموا في سائر المواضع الّتي طرأ فيها الفسخ بأنّ الأخذ فيها من المشتري والدرك عليه وأوجبوا عليه في بعضها قيمة الشقص للبائع، وكان حقّه أن يكون هنا كذلك عملاً بما ثبت، وحينئذٍ فيكون الأخذ بما قال المشتري، وأيّ فرق بين هذه وبين ما إذا ظهر عيب في الثمن المعيّن ففسخ البائع، إلّا أن تقول: إنّ الفسخ في هذه كان بحكم الشارع وفي تلك المواضع من جهة البائع أو المشتري أو من جهتهما، فتأمّل. والثمن الّذي ادّعاه المشتري صار كالمعدوم بيمين البائع، فتأمّل جيّداً. وهذا على ما يظهر منهم، وإلّا فقد عرفت أنّا لا نوافقهم على ذلك ونصحّح الأخذ من البائع ونقدّر الإبطال بقدره. وبعد فالأمر في ذلك سهل، لأنّ القول بالتحالف في مثل ذلك خلاف ما عليه معظم الأصحاب.

وفي «جامع المقاصد[1]» أنّ المتّجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع وتكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري. قلت: هو كذلك، إذ أكثر أدلّة تقديم قول المشتري هناك جارية هنا. وقد أسبغنا الكلام في ذلك عند تعرّض المصنّف له كما أسبغناه في مسألتنا على مختار أصحابنا من تقديم قول البائع بيمينه مع بقاء العين. وتمام الكلام في أواخر الباب[2] وبيان عدم ذكرهم التحالف بين الشفيع والمشتري، فليلحظ آخر الباب في المسألة، انتهى فليتأمّل جيّداً.

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٦.

(٢) سيأتي في ص ٧٨٧ ـ ٧٩٠.

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه، ولو كان في يد البائع كلّف الأخذ منه أو الترك.

[في أنّ الشفيع يأخذ من المشتري]

قوله: ﴿والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه﴾ كما صرّح بهما في «المقنعة[1] والنهاية[2] والخلاف[3] والمبسوط[4] والكافي[5] والمهذّب[6] والوسيلة[7] والغنية[8] والسرائر[9]» وسائر ما تأخّر عنها[10] إلى الرياض[11] إلّا ما قلّ كشروح النافع الأربعة، وفي الأخيرين ـ أعني «الغنية[12] والسرائر[13]» ـ الإجماع على الحكمين، لأنّه استحقّ الأخذ بالبيع وبعده انتقل الملك إليه وانقطع سلطان البائع عنه، فالأخذ منه والدرك عليه لو ظهر استحقاق الشقص، فيرجع عليه بالثمن وغيره على ما فصّل.

قوله: ﴿ولو كان في يد البائع كلّف الأخذ منه أو الترك﴾ كما في «المبسوط[14] والمهذّب[15] والشرائع[16] والتذكرة[17]

---

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩ ـ ٦٢٠. (٢) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.

(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٧ مسألة ٢٥.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠ ـ ١١١.

(٥) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢. (٦ و١٥) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٧) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩. ولم نعثر فيه على كون الدرك على المشتري.

(٨ و١٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٩ و١٣) السرائر: في الشفعة وأحكامها ج ٢ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(١٠) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٦.

(١١) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.

(١٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٤.

(١٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.

(١٧) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٦.

ولا يكلّف المشتري القبض والتسليم،

والتحرير[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] والكفاية[٥]» وهو قضية كلامهم في المسألة الآتية كما ستسمع.

[في أنّ المشتري غير مكلّف بتسليم المبيع]

قوله: ﴿ولا يكلّف المشتري القبض والتسليم﴾ كما في «الشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والدروس[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣] ومجمع البرهان[١٤] والمفاتيح[١٥]» وهو قضيّة كلام الكتب المذكورة في السابقة، وفي «الكفاية[١٦]» أنّه المشهور، وإنّما الواجب عليه أن يخلّي بينه وبينه بمعنى رفع يد نفسه عنه للأصل. وللشافعية[١٧] قول بأنّ له أن يكلّفه ذلك، لأنّ الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري فالتخلية هنا غير التخلية في البيع، لأنّه يؤخذ منه قهراً.

(١ و٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.
(٢ و١١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٧.
(٣ و١٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٣.
(٤ و١٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٢.
(٥) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٧) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٦.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(١٠) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٣.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في استحقاق أخذ الشفعة بالعقد وعدمه ج ٣ ص ٨٠.
(١٦) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(١٧) كما نقل عنه العلّامة في التذكرة: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٦، والنووي في روضة الطالبين: في الشفعة ج ٤ ص ١٩٢.

ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري، والدرك مع ذلك على المشتري، وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع.

قوله: ﴿ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري﴾ كما في «الخلاف[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] والمفاتيح[٨]».

قوله: ﴿والدرك مع ذلك على المشتري﴾ كما في «الخلاف[٩] والشرائع[١٠] والتذكرة[١١] والتحرير[١٢] والدروس[١٣] والمسالك[١٤]» وهو قضية كلام «المبسوط[١٥] والمهذّب[١٦]».

[في أنّ الشفيع غير مكلّف بالأخذ من البائع]

قوله: ﴿وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع﴾ كما في «المبسوط[١٧] والمهذّب[١٨] والشرائع[١٩] والتحرير[٢٠] والدروس[٢١] والمسالك[٢٢] والكفاية[٢٣] والمفاتيح[٢٤]» لأنّ العقد لم يقع معه فكيف يتسلّط على فسخه بغير

(١ و٩) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٦ مسألة ٢٣.
(٢ و١٠ و١٩) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٣ و١٢ و٢٠) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.
(٤ و١٣ و٢١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٧.
(٦ و١٤ و٢٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٣ و٣٢٤.
(٧) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٢.
(٨ و٢٤) مفاتيح الشرائع: في استحقاق أخذ الشفعة بالعقد وعدمه ج ٣ ص ٨٠.
(١١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٥٦.
(١٥ و١٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٤.
(١٦ و١٨) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥ بل نصّ عبارته فيه.
(٢٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

ولا تصحّ الإقالة من الشفيع والبائع.

سبب شرعي يوجبه؟ وحقّه منحصر في الأخذ من المشتري، فعلى هذا لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته، لاشتغاله بما ينافي الفورية، لأنّه ليس له ذلك، ولا كذلك لو كان المشتري قد باعه أو وقفه فإنّ للشفيع أن يقول فسخت البيع وأخذت بالشفعة، ويحتمل أنّه يجب عليه تقديم الأخذ على الفسخ.

وفي «الشرائع[1] والتحرير[2]» وتبعهما صاحب «الكفاية[3]» أنّه لو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصحّ. ولعلّهما أرادا تحرير ما في «المبسوط[4] والمهذّب[5]» من أنّه إذا أخذها من يد البائع لم يكن الأخذ منه فسخاً للبيع وأنّ الأولى بهما التنبيه على هذا وهو أنّه لو نوى بأخذه بالشفعة الفسخ وأخذه من البائع لم يصحّ الأخذ، لأنّه غير ممكن في الشرع فتبطل الشفعة لمنافاتها الفورية، فتأمّل. وقضية ذلك كما هو مقتضى الأصل أنّه لابدّ من نيّة التملّك من المشتري وأنّ نيّة التملك من البائع وحده يبطلها. ويبقى الكلام فيما إذا نوى التملّك منهما أو أطلق نيّة التملّك من دون تقييد أصلاً.

قوله: ﴿ولا تصحّ الإقالة من الشفيع والبائع﴾ كما في «الشرائع[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8]» بل هو واضح لا يحتاج إلى التنبيه عليه، لأنّ الإقالة إنّما تصحّ ممّن صدر العقد له[9].

(١ و٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٥٩ و٢٦٢.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.

(٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٤. (٥) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٧.

(٨) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٤.

(٩) الإقالة بمعنى إرجاع كلّ من المبيع والثمن إلى موضعهما الأوّل، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة مع وجود شرائطها فالّذي يجب إجابتها هو البائع والمشتري، فعليه تكون الإقالة واجبة عليهما لأنّهما اللذان صدر عنهما العقد، وأمّا الشفيع فحيث إنّه هو الباعث على لزوم فسخ ←

ولو انهدم أو تعيّب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك،

[فيما لو تعيّب المبيع قبل مطالبة الشفعة]

قوله: ﴿ولو انهدم أو تعيّب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك﴾ إذا اشترى شقصاً من دار فاستهدم أو تعيّب فله أحوال، أحدها: أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة ولا يحصل معه تلف شيء من العين كأن ينشقّ الجدار بفعله أو ينكسر الجذع ونحو ذلك كما هو صريح جماعة منهم المصنّف هنا كما ستعرف، وظاهر آخرين من قصر العنوان على التعيّب والانهدام من دون ذكر تلف شيء من الأعيان، إلّا أن تقول بالاستلزام ولو في بعض الأحوال، أو حصل تلف شيء منها كما هو صريح بعض قليل، ويأتي[1] في «جامع المقاصد» أنّ أحداً لم يفرّق في الضمان إذا تلف شيء من الأعيان بين كونه قبل المطالبة أو بعدها كما يأتي تأمّلنا فيه.

وكيف كان، فنقول في العنوان أنّه إذا تعيّب الشقص أو استهدم قبل المطالبة ففي صريح «المبسوط[2] وجامع الشرائع[3]» على تفصيل فيما تسمعه و«الكافي[4]

← عقد البيع وإنّ حقّه هو الّذي يلزم رعايته على البائع والمشتري بفسخه وتقايله فإذا لم يستجيبا إلى رعاية حقّه وحفظه فله الحقّ في فسخ العقد وتقايله، وإلّا فلو لم يكن له حقّ فسخ العقد وتقايله لكان يستلزم ذلك جواز تضييع حقّه ولزوم تركه الأخذ بشفعته ضرورة أنّ عدم صحّة الإقالة من طرفه بمعنى عدم فسخ العقد من البائع والمشتري، فما ذكره الأعلام هنا من عدم الإقالة من الشفيع غير مفهوم فضلاً عن كونه واضحاً، فتأمّل.

ودعوى أنّ العقد إنّما وقع عن البايع والمشتري لا الشفيع فتجب أن تكون الإقالة منهما فقط مدفوعة بأنّ الانحصار المذكور إنما هو فيما إذا كان الحقّ لهما فقط لا في مثل المقام، فتأمّل.

(١) يأتي في ص ٦٢٦.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

(٣) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.

والغنية[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والإرشاد[٤] والمختلف[٥] والمسالك[٦]» وكذلك «التذكرة[٧]» بقرينة العنوان والإطلاق و«الدروس[٨]» بقرينة الإطلاق أنّ الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمن وبين الترك. وفي «الغنية» الإجماع عليه. وفي «المسالك[٩] والكفاية[١٠] والمفاتيح[١١]» أنّه المشهور. وفي «الرياض[١٢]» أنّه الأشهر، لأنّه تصرّف في ملكه تصرّفاً سابقاً فلا يكون مضموناً عليه، والفائت لايقابل بشيء من الثمن فلا يستحقّ الشفيع في مقابلته شيئاً كما لو تعيّب في يد البائع فإنّ المشتري يتخيّر بين الفسخ والإمضاء بجميع الثمن.

وفي «جامع المقاصد[١٣]» أنّ فيه نظراً، لأنّ المشتري وإن تصرّف في ملكه إلّا أنّ حقّ الشفيع قد تعلّق به فيكون ما فات منه محسوباً عليه كما يحسب عليه عين المبيع، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه إذا تعلّق به حقّ الغير كالرهن إذا جنى عليه الراهن. وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرش على البائع إذا تعيّب المبيع في يده فينبغي أن يكون هنا كذلك، وقد نبّه عليه في التذكرة، انتهى. والضمان ظاهر «النافع[١٤]» وفصّل في «الخلاف» قال: إن أصابها هدم أو غرق

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.
(٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٥.
(٦) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٤.
(٧) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٥.
(٨) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٩) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٥.
(١٠) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(١١) مفاتيح الشرائع: فيما لو عاب المبيع قبل المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٨١.
(١٢) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.
(١٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٨.
(١٤) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

وما أشبه ذلك فإن كان ذلك بأمرٍ سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان ذلك بفعلٍ آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصّتها من الثمن [١]. وظاهره عدم الفرق بين كونه قبل المطالبة أو بعدها، ولا ظهور له في الأوّل بقوله «يأخذ أو يترك».

ويردّ ما في «جامع المقاصد» ومنه يعلم حال ما في «الخلاف» أنّه إن أراد بالحقّ المتعلّق بالشقص حقّ المطالبة فمسلّم ولكنّه بمجرّده لا يوجب الضمان على المشتري، فلابدّ من دليل يقطع الأصل، وإن أراد به الملكية فممنوع، إذ لا ملك له قبل الطلب والأخذ. ومنه يظهر ما في «الخلاف» في الشقّ الثاني على أنّ هذا التوجيه إن تمّ شمل صورة التلف بأمرٍ سماوي أيضاً، إلّا أن يقول باستثنائها بما رواه ابن محبوب عن رجل قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم، وكان شريكه الّذي له النصف الآخر غائباً فلمّا قبضها وتحوّل عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها وذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كملاً الّذي نقد في ثمنها، فقال: ضع عنّي قيمة البناء، فإنّ البناء قد انهدم وذهب به السيل، وما الّذي يجب في ذلك؟ فوقّع عليه السلام: ليس له إلّا الشراء والبيع الأوّل إن شاء الله تعالى [٢]. لكن الّذي استقرّ عليه رأيه الضمان مطلقاً كما يأتي فلا يكون عاملاً بالخبر. والحارق بالمهملتين كأنّه بمعنى الشديد، وإن كان بالخاء المعجمة كان بمعنى الخارق للعادة.

والشيخ رحمه الله ترك هذا الخبر واستدلّ بالخبر العامّيّ النبويّ [٣] الّذي فيه «فشريكه أحقّ بالثمن» قال: فثبت أنّه يأخذه بذلك الثمن، فمن قال ببعضه فقد ترك الخبر. ولعلّه أراد الردّ على العامّة بما رووه، وإلّا فهذا المتن موجود في حسنة الغنوي. ثمّ إنّ إطلاق الآدمي في كلام الخلاف يشمل المشتري وغيره، ولعلّه لا يقول به في

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٧ مسألة ١٢.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣٢٢.
(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٩ مسألة ١٣.

غيره. والتنظير في «جامع المقاصد» بالمبيع الّذي حدث فيه العيب بعد العقد وقبل القبض تقريبي، وإلّا ففرق تامّ بين الشفيع والمشتري. وما سبق في كتاب البيع [١] من وجوب الأرش على البائع ليس محلّ وفاق، بل هو مشهور بين المتأخّرين في باب البيع، والإجماع في «الخلاف [٢] والمبسوط [٣]» منقول على خلافه. والظاهر أنّ المشهور خلافه أيضاً في باب الغصب [٤]، ولم تحضرني كتابتي فيه الآن. وكيف كان، ففي إجماع «الغنية» فيما نحن فيه المعتضد بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل مَن لا يعمل إلّا بالقطعيّات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبدالله مع موافقة القواعد والأصل المؤيّد بإطلاق ما دلّ على لزوم الأخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخالف غنية وبلاغ.

ولك أن تقول: إنّ قواعد الشفعة إنّما هي أخذ جميع المبيع بجميع الثمن إلّا ما كان بدون تقصير من المشتري ولا بفعله. وقد اخترت في باب البيع أنّ الأجزاء تقابل بالأجزاء والأوصاف لمكان الخبر المنجبر بالشهرة، وقضية ذلك موافقة جامع المقاصد. لولا ما عرفت. ويأتي بيان المراد من المطالبة والضمان في الثالث من الأحوال، لكنّه يبقى شيء وهو أنّه لو علم المشتري أنّه لا ضمان عليه لهدم الدار المشاركة للشفيع في الطريق أو قسّمها بإذن الحاكم إذا كان الشفيع غائباً أو صغيراً أو لم يبق فيها حجر على حجر وأكثر فيها من الحفر بحيث لا يقدم عاقل على أخذها بالثمن، والشفعة إنّما شرّعت لدفع الضرر عن الشريك وذلك منافٍ له، فيمكن حمل كلام الأصحاب على ما إذا كان جاهلاً بالشفعة، أو تقول: إنّه لا يفعل ذلك ولو علم بالشفعة إذا كان عاقلاً، لأنّه إضرار بنفسه أيضاً إذا لم يأخذها.

الثاني: أن يتعيّب كذلك بغير فعله مطلقاً سواء كان قد طالب الشفيع أم لا بأمرٍ سماوي أم بفعلٍ آدمي. ففي «المبسوط [٥]» وجميع ما ذكر بعده على نحو ما عرفت

---

(١) تقدّم في ج ١٤ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

(٢) الخلاف: في البيع ج ٣ ص ١٠٩ مسألة ١٧٨.

(٣) المبسوط: في البيع ج ٢ ص ١٢٧.

(٤) راجع ص ٢٣٢ و ٢٣٣.

(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة.

مع زيادة «النافع[1]» أنّ الشفيع يتخيّر أيضاً بين الأخذ بالجميع أو الترك. وفي «الغنية[2]» الإجماع عليه. وفي «الكفاية[3]» أنّه المشهور. وفي «جامع المقاصد[4]» التأمّل في ذلك أيضاً مستنداً إلى ما تقدّم له من الاستدلال. وقال: إنّ الّذي يقتضيه النظر ثبوت الأرش في الصورتين. وستسمع أنّ مراد جماعة بالضمان غيره، ولم يحك عنه ذلك هنا في «المسالك» وإنّما حكاه في الصورة الأُولى، ولذلك نسب إليه شيخنا في «الرياض[5]» الوفاق هنا. وينبغي أن يكون الشيخ في «الخلاف» مخالفاً هنا أيضاً كما يقتضيه إطلاق الآدمي في كلامه كما نبّهنا عليه آنفاً.

حجّة الأصحاب بعد ما عرفت فيما تقدّم المرسل المنجبر بالعمل، وقد أسمعناكه آنفاً، إذ العموم فيه لغوي. وهو ممّا يستقلّ وإن اتّصل فلا يخصّصه المورد. وينبغي أن يحمله جماعة على عدم تلف شيء من الأعيان لكنّه خاصّ فيما قبل المطالبة، ويأتي الحال الثالث.

[في أنّ أنقاض المبيع للشفيع]

قوله: ﴿والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة﴾ عندنا كما في «المسالك[6]» وبذلك صرّح في «المبسوط[7] والشرائع[8]

---

(١) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠. (٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

(٣) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٨.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٨.

(٥) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.

(٦) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٥.

(٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

(٨) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.

وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي.

والتذكرة[١] والتحرير[٢] والإرشاد[٣] والدروس[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧]» وغيرها[٨]، لأنّها جزء المبيع ولا يضرّ كونها منقولةً الآن إذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعاً كما تقدّم.

قوله: ﴿وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي﴾ هو خيرة «الكافي[٩] والغنية[١٠] والسرائر[١١] والشرائع[١٢] والنافع[١٣] وجامع الشرائع[١٤] والتحرير[١٥] والإرشاد[١٦] وشرحه» لولده[١٧] و«المختلف[١٨] والدروس[١٩] وجامع المقاصد[٢٠] والمسالك[٢١] والمفاتيح[٢٢]». وفي «المختلف

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٦.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.
(٣ و١٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٤) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٥ و٢٠) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٩.
(٦ و٢١) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٥.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٣.
(٨) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٧.
(٩) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.
(١٠) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.
(١١) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(١٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(١٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(١٤) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.
(١٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.
(١٧) شرح الإرشاد للنيلي: ص ٥٣ س ١٥ ـ ١٦.
(١٨) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٥.
(١٩) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٢٢) مفاتيح الشرائع: فيما لو عاب المبيع قبل المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٨١.

وجامع المقاصد والرياض» أنّه المشهور. وفي «المسالك والكفاية» أنّه أشهر. وفي «الغنية» الإجماع عليه مع التقييد فيها وفي «الكافي والسرائر» بالعلم بـالمطالبة. ولا يُفهم من «التذكرة» في ذلك شيء.

وقد اختلفت هذه الكتب في معنى الضمان، ففي «الكافي[1] والغنية[2] والسرائر[3]» أنّه يجب ردّه إلى أصله وما كان عليه. وهذا إنّما يتمّ فيما إذا كان الهدم قليلاً كما تقدّم في باب الغصب[4]. وفي «الشرائع[5] والتحرير[6]» أنّه يضمن الأنقاض، ومعناه أنّه يسقط ما قابلها من الثمن كما في «المسالك[7] والكفاية[8]» ولعلّ مرادهما في «الشرائع والتحرير» أنّه يضمن الأرش كما فهمه في «الإيضاح[9]» من الشرائع وكما صرّح به في «جامع المقاصد[10]» وفي مثله في «التذكرة[11]» وعليه نبّه في «مجمع البرهان[12]» بقوله: إنّه يضمن التخريب والتعيّب وكلّ ما ينقص وله عوض. وعلى ما فهموه من الشرائع ينبغي أن يحمل قوله في «النافع[13]» أخذ بحصّته من الثمن جمعاً وإن كان خلاف الظاهر، والأولى بقاؤه على ظاهره. واقتصر في البقية

---

(١) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.
(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.
(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(٤) لم نعثر عليه في الغصب فراجعه.
(٥) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.
(٧) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.
(٨) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٨.
(٩) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٢.
(١٠) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤١٩.
(١١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٣.
(١٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

على ذكر ضمان المشتري. وقد قال في «جامع المقاصد[1]»: إنّ كلامهم هذا يُشعر بأنّ المشتري يضمن قيمة التالف. وقال في «الرياض[2]» في شرح كلام النافع: وإن كان الهدم بفعل المشتري بعد مطالبة الشفيع بالشفعة فالمشهور ضمان المشتري بمعنى أخذ الشفيع الباقي بعد التلف بحصّته من الثمن وسقوط ما قابل التالف منه، انتهى.

وهذا يقضي بأنّه قد تلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، والمفروض في كلام جماعة وكلامه في «الرياض» كما يظهر لمن لحظ آخره أنّ المسألة فيما إذا لم يحصل تلف شيء من العين يقابل بشيء من الثمن، ولعلّ اختلافهم في الضمان إنّما كان لأنّ التعيّب والانهدام قد يكون بدون تلف شيء من الآلات وقد يكون بتلف بعضها كأن يحرق المشتري سقف البيت، ثمّ إنّ الآلات تجري عند جماعة منهم مجرى أطراف العبد وصفاته فتكون من قبيل انشقاق الجدار لا يتقسّط عليها الثمن وعند جماعة أنّها يتقسّط عليها الثمن كأحد العبدين، فتأمّل.

وقد نسب جماعة كالمحقّق الثاني[3] والشهيد الثاني[4] الخلاف في المسألة إلى ظاهر كلام الشيخ، وقيّده الثاني بالمبسوط. وفي «المفاتيح[5]» إليه على البتّ. وقال في «الشرائع[6]»: قيل لا يضمن، لأنّه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ. ونسب في «الإيضاح[7]» الخلاف إليه في الخلاف. والموجود في «المبسوط[8]» إذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعة فأصابه نقض (نقص ـ خ ل) أو هدم قبل أن يأخذ

(١ و٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٠ و٤١٩.
(٢) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣١.
(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.
(٥) مفاتيح الشرائع: فيما لو عاب المبيع قبل المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٨١.
(٦) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٧) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٣.
(٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصاً بكلّ الثمن أو يدع، سواء في ذلك كان هدمها المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، وكذلك إن احترق بعضها أو كانت أرضاً فغرق بعضها فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع، لأنّه إن هلك بأمرٍ سماوي فما فرّط فيه، وإن هدمه هو فإنّما هدم ملك نفسه، وإذا أخذه بالشفعة أخذ ما اتّصل به وما انفصل عنه من آلاته، لأنّه جميع المبيع. وقيل: إنّه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصّه من الثمن أو يدع. والّذي يقوى في نفسي أنّها إذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فإنّه يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها، وإن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة، وإن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن أو يترك. فالّذي استقرّ عليه رأيه أنّه حيث تتلف الآلات باستعمال المشتري أخذ العرصة بحصّتها من الثمن، وإن لم يكن بفعله أخذ بالجميع أو يترك، وحيث تبقى الآلات يأخذ بجميع الثمن أو يترك سواء كان ذلك بأمرٍ سماوي أو من المشتري أو غيره. وبهذا التفصيل أفتى في «جامع الشرائع[1]» وهو من أتباعه دائماً إلّا ما قلّ.

وقضية كلام «المبسوط» أنّ ذلك كلّه إذا لم يأخذ الشفيع بالشفعة لمكان التقييد بذلك في أوّل كلامه، وقضيّته في بعض مفاهيم الشرط أنّه إن أخذ بالشفعة ضمن المشتري بقرينة القيد. ومعنى عدم أخذه بالشفعة أنّه ما تعرّض لها لعدم علمه أو لغيره لا أنّه قال إنّي مطالب وأُريد بعد لحظة أو ساعة مثلاً أن أشفع، لأنّ ذلك يسقطها عنده لمنافاته الفورية، ومذهبه في كتبه الثلاثة أنّها على الفور، فالقول الّذي حكاه المحقّق في الشرائع ودليله ليس للشيخ في كتابيه. وقد تبعه الجماعة ولعلّهم إنّما لحظوا أوّل كلامه وقالوا: إنّ قوله «قيل: أن يأخذ بالشفعة» ... إلى آخره

(١) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

يشمل ما إذا كان قبل المطالبة وبعدها. فالحاصل: أنّ الشيخ في «المبسوط» ليس مخالفاً، ولا وجه لما في «المختلف[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» من أنّ قوله في المبسوط «أخذ العرصة بالقيمة» يحتمل أخذها بجميع القيمة وبحصّتها من الثمن بعد مقابلتها بقوله: وإن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن، بل يتعيّن الثاني بقرينة المقابلة والتفصيل، فلا أقلّ من أن يسكتوا عن الشيخ ولا ينسبوا إليه في المسألة وفاقاً ولا خلافاً، والعبرة بآخر كلامه، وكلامه الأخير نصّ في تلف شيء من الشقص يقابل بشيء من الثمن، وهو خلاف المفروض في كلام هؤلاء وإن لحظوا آخره والقيد في أوّله كان موافقاً عملاً بإطلاق المفهوم. والّذي أوقع مَن تأخّر عن المختلف فيما نسبوه إلى المبسوط ما حكاه عنه فيه فإنّه لم يحكه بتمامه ولا على وجهه.

وأمّا «الخلاف» فالظاهر من إطلاق كلامه فيما نحن فيه عدم الخلاف، قال[4] كما سمعت: وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصّتها من الثمن فيكون كلامه هذا ككلامه في «النافع[5]» في هذا، قال: وإن كان بفعل المشتري أخذ بحصّته من الثمن. فكان الضمان في الجملة محلّ وفاق وانحصر الخلاف أو الميل إليه في شيخنا صاحب «الرياض» كما ستسمع كلامه.

وكيف كان، فالحجّة للأصحاب أنّ الشفيع استحقّ المبيع بالمطالبة ـ أعني الأخذ بالشفعة ودخل في ملكه، فإذا انتقض بفعل المشتري ضمنه. ووجّهه في «جامع المقاصد[6]» وتبعه جماعة بأنّ الشفيع استحقّ بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً وتعلّق حقّه به، فإذا انتقض بفعل المشتري ضمنه، ولم أجد أحداً استدلّ به قبله،

(١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٥.
(٢ و٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٠ و٤١٩.
(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.
(٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٨ مسألة ١٣، وتقدّم في ص ٣٧٨ هامش ٤.
(٥) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

وهو غير جيّد، إذ المراد بالمطالبة في الباب عند من يقول بالفورية الأخذ بالشفعة كما نبّه عليه في «المبسوط» وكما أرادوا ذلك من هذه الكلمة فيما تقدّم كما تقدّم ويأتي، بل قال المحقّق الثاني والشهيد الثاني فيما سلف: إنّه لو اشتغل بالمطالبة عن الأخذ بطلت شفعته. فما حكياه وغيرهما عن ظاهر المبسوط أو عن الخلاف من أنّه لاضمان لأنّ الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ فيكون المشتري قد تصرّف في ملكه تصرّفاً صحيحاً وهمٌ في وهم، لأنّك قد علمت أنّ ظاهره في الكتابين الضمان في الأوّل بالمفهوم مع ملاحظة آخر كلامه والّذي قوّي في نفسه، وفي الثاني بالإطلاق، وأنّه لم يذكر فيهما المطالبة بل هي عنده بالمعنى الّذي أرادوه تخلّ بالفورية كما عرفت.

وصاحب «الرياض[1]» بعد أن نقل حكاية ذلك عن الشيخ وأنّ الأصل يوافقه لأنّه يقضي بالمصير إلى التملّك بالأخذ لا بالمطالبة قال: وهو في غاية القوّة سيّما بعد اعتضاده بإطلاق مادلّ على استحقاق الشفعة بتمام الثمن، ونحن نقول: إنّه على ما فهمه منه في غاية الضعف لما عرفته من أنّ المراد بالمطالبة الأخذ بالشفعة وقوّة دليله وانطباقه عليه، مع أنّه لا وجه لأخذه الثمن كلّه في مقابلة ما بذل فيه بعضه مع استعمال المشتري له وانتفاعه به وهو في ملك الشفيع، إن هو إلّا ظلم وضرر وخروج عن مقتضى قواعد الشفعة، إذ هي أخذ جميع المبيع بجميع الثمن مع عدم الإضرار، إلّا إذا قلنا إنّ التالف لا قسط له من الثمن، وهو خلاف المفروض في كلامه حرسه الله تعالى. ومسألتنا هذه هي الثالث من الأحوال.

وليعلم أنّ كلام الأصحاب في هذه المسائل غير محرّر على ما يظهر، لأنّهم إن أرادوا بالمطالبة في هذه المسائل معناها الحقيقي لم يتّضح ضمان المشتري في

---

(١) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣١.

أمّا لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنّه يأخذه بحصّته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري.

الحال الثالث، لأنّ المفروض أنّه لم يتلف منه شيء وأنّ المطالبة لم تؤثّر ملكاً فحاله كحاله قبل المطالبة، وإن كان المراد بها الأخذ والتملّك اتّجه الحال الثالث وأشكل الحال الثاني، لأنّه بعد صار ملكاً للشفيع وقد تعيّب المبيع بأمرٍ سماوي أو غيره كيف يتسلّط الشفيع على التخيير بين الترك والأخذ بالجميع؟ وأنّه يحتاج إلى دليل قويّ، والمرسل ظاهر في التلف وكأنّه صريح فيما قبل الأخذ. فليلحظ. أقصى ما يمكن أن يقال: إنّ الشفيع لم يقبضه فأشبه المبيع، فليتأمّل جيّداً. وستعرف حال ما إذا تلف قبل المطالبة أو بعدها.

قوله: ﴿أمّا لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنّه يأخذه بحصّته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري﴾ كما في «التذكرة[1] والدروس[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] والمفاتيح[5]» وظاهر «الإيضاح[6]». وفي «الكفاية[7]» أنّه أشهر.

والمخالف الشيخ في كتبه الثلاثة، أمّا «الخلاف والمبسوط» فقد سمعت ما فصّله فيهما وأنّ في كلٍّ منهما تفصيلاً غير الآخر، والمصنّف في المختلف إن كان موافقاً للمبسوط في جميع ما قال على ما هو الظاهر منه كان مخالفاً، وقد عرفت

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.
(٢) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٠.
(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.
(٥) مفاتيح الشرائع: فيما لو عاب المبيع قبل المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٨١.
(٦) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٣.
(٧) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٨.

أنّه لم يحكه على وجهه وأنّه لا معنى لاحتماله في قوله «أخذ العرصة بالقيمة» الوجهين، وقد عرفت أنّ صاحب «جامع الشرائع» وافق المبسوط. وأمّا «النهاية[1]» فقد قال فيها: فإن كان المبيع قد هلك بآفةٍ من جهة الله أو جهةٍ من غير جهة المشتري أو هلك بعضه بشيءٍ من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ولزمه توفية الثمن على الكمال.

وقال في «التحرير[2]»: ولو تلف بعضه كانهدام المبيع أو تعيّبه فإن كان بغير فعل المشتري أو بفعله قبل المطالبة تخيّر الشفيع بين الأخذ بكلّ الثمن وبين الترك لابحصّة الموجود من الثمن، وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري النقض، ويحتمل ضمانه إذا فعل ذلك قبل المطالبة وكذا إن كان بفعلٍ آدمي غير المشتري، لأنّه يرجع بدله إلى المشتري فلا يتضرّر، انتهى. وقضيّته أنّه إن كان بأمرٍ سماوي لا يضمن، وقد عمّم التلف بحيث يشمل الانهدام والتعيّب وتلف بعض الأعيان، أو أجمله وفصّل بما قبل المطالبة وبعدها، واقتضى كلامه الفرق بين السماوي وغيره، بل قد يقال[3]: إنّ الخلاف والتفصيل بما قبل المطالبة وبعدها قد يظهر من النافع بل والشرائع بل وغيرهما عند إمعان النظر في كلامهم، لكن قال في «جامع المقاصد[4]» لم يفرّق أحد هنا، وهو فيما إذا كان التالف بعض العين بين كونه قبل المطالبة وبعدها وظاهر أنّ هذا الفرق في الأُولى غير واضح انتهى، فتأمّل. ولعلّه لم يلحظ كلام التحرير أو يتأوّله، وكذلك ما يحتمل أن يكون مثله، فتأمّل.

وكيف كان، فالدليل على مختار الكتاب وما وافقه فيما نحن فيه، وهو ما إذا

---

(١) النهاية: الشفعة باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٦.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.

(٣) لم نعثر على قائله.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢١.

تلف بعض العرصة بسيلٍ ونحوه أو احترق سقف البيت أو حرقه على القول بأنّ الأبنية كأحد العبدين المبيعين أنّ إيجاب الثمن كاملاً في مقابلة بعض المبيع يستدعي دفع أحد العوضين لا في مقابلة العوض، وذلك أكل مال بالباطل. ونحن نقول: إن كان التلف المذكور بفعل المشتري بعد أخذ الشفيع بالشفعة فلا ريب في الضمان، وما عدا ذلك فقضية ما تقدّم لنا غير مرّة أنّ قواعد الشفعة تقضي بأخذ جميع المبيع بجميع الثمن وأنّ الأجزاء تقابل بالأجزاء والأوصاف أن توافق الكتاب إلّا فيما إذا لم يكن التلف بفعل المشتري ولا بتقصيره لمكان المرسل وغيره، فلا يصحّ على المختار الاستدلال على عدم الضمان بإطلاق مادلّ على استحقاق الشفعة بتمام الثمن وبأنّه يدفعه في بعض الصوَر إطلاق الخبر المعتبر المرسل المتقدّم ولم يقم إجماع في المقام كما قام في مسألة الاستهدام أم بفعل المشتري قبل المطالبة حتّى نوجّهه بذلك كما تقدّم.

وليعلم أنّ كلام الأصحاب هنا أيضاً غير محرّر، لأنّهم حكموا بعدم ضمان المشتري في الحال الأوّل والثاني بناءً على أنّ الفائت من المبيع لا يقابل بشيءٍ من الثمن، وهو مبنيّ على أنّ العقد لا يوجب ضمان الأجزاء أو الصفات لعدم مقابلتها بالثمن وإنّما المقابل به هو الجملة، وهو اختيار لأحد القولين في المسألة. والقول الآخر أنّ العقد أوجب ضمان الأجزاء والصفات وأنّ الثمن يقابل بها. وعلى القولين وقع الخلاف في لزوم الأرش وعدمه إذا اختار المشتري الإمساك فيما إذا تعيّب المبيع بعد العقد وقبل القبض، وفيما إذا تجدّد فيه عيب من غير جهة المشتري في زمن خياره، وفيما إذا تعيّب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً فرجع عليه به المالك فإنّه يرجع به على الغاصب إن كانت الجملة مضمونة فقط، وإن كانت الأجزاء والصفات مضمونة بالعقد لا يرجع إلى غير ذلك، وبنوا

ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائباً أو صغيراً أو طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه،

عليه هنا أيضاً مسألة عدم وجوب طمّ الحفر كما يأتي بعد مسألتنا بلا فاصلة. وكلامهم في مسألتنا بضمان المشتري ما إذا تلف بعض المبيع مبنيّ على أنّ الأجزاء تقابل بالأجزاء، فكانت هذه المسائل مختلفة في المبنى من دون تقادم عهد، ولم يقع ذلك لواحد بل لجماعة كما عرفت وستعرف.

وعساك تقول: كيف اختلفوا في أنّ الأجزاء والصفات مضمونة أو غير مضمونة واتّفقوا في باب العيب على أنّهما معاً مضمونتان؟ قلت: سبب هذا الاتفاق جهل المشتري بالعيب السابق على العقد، وهو إنّما اشترى على الأصل والغالب وهو السلامة، فإن كان البائع عالماً كان مغروراً أيضاً فأثبت له الشارع لمكان جهله الردّ إن لم يتصرّف والأرش إن تصرّف، والمسائل الّتي اختلفوا فيها حدث العيب فيها بعد العقد.

[فيما لو بنى المشتري أو غرس في المبيع]

قوله: ﴿ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائباً أو صغيراً أو طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه﴾ كما في «المبسوط[1]» وغيره[2] بلا خلاف أجده. ووجهه ظاهر، لأنّه ملكه فله أن يفعل فيه ما يشاء. ومن صوَر التسلّط غير ما ذكره المصنّف هنا وفي التذكرة[3] من كذبه

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.
(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.

وليس عليه طمّ الحفر، ويحتمل وجوبه، لأنّه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه.

في الأخبار فعفا أو في الاتّهاب فظهر البيع أو قاسمه وكيله وخفي عنه وجه الحظّ في الأخذ بالشفعة فيجيء الموكّل فيظهر له الوجه ما إذا كان الملك مشفوعاً مقسوماً وقد اشتركا في النهر أو الطريق.

[حكم طمّ الحفر في المبيع]

قوله: ﴿وليس عليه طمّ الحفر﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والتذكرة[5]» في أوّل كلامه، لأنّه لا يضمن العيب الّذي فعله قبل الطلب، لأنّه إنّما تصرّف في ملكه وما حدث فإنّما حدث فيه ممّا لا يقابل بالثمن وإنّما يقابل الثمن سهام الأرض من نصف وثلث وربع وهكذا، على أنّ في القلع مصلحة الشفيع، لأنّ فيه تفريغ الشقص لأجله. وهذا ما أشرنا إليه آنفاً.

قوله: ﴿ويحتمل وجوبه، لأنّه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه﴾ هو خيرة أبي عليّ[6]، وهو قويّ متين إن لم يقم إجماع على خلافه والظاهر عدمه. وقد مال إليه أو قال به في «مجمع البرهان[7]» واستظهر أيضاً أنّه يجب الأرش على المشتري لو حصل في الأرض نقص بالقلع سواء طالبه الشفيع بالقلع أو كان الطالب له المشتري، لما ذكر ولأنّ الشفعة إنّما شرّعت لدفع

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨. (٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٦) حكى عنه العلّامة في المختلف: ج ٥ ص ٣٥٧.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٤ و٣٥.

الضرر عن الشفيع، وتجويز أمثال ذلك منافٍ له، إذ له حينئذٍ أن يكثر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك إن تكثر الحفر ويعظم الضرر الّذي لا يقدم عليه عاقل، ثمّ قال: نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة. ثمّ أمر بالتأمّل، لأنّ وجدانه لا يغني من جوع نفسه فكيف يغني من جوع غيره؟

قلت: قد تقدّم لنا نحو ذلك وقلنا: إنّ المشتري لا يكثر من ذلك إذا كان عاقلاً لكن يؤيّده أنّه قد حكى في «التذكرة[1]» عن أبي حنيفة والثوري أنّه إن لم يقلع المشتري أنّه يجبره الشفيع على قلعه ولا يعطيه أرش ما نقص بالقلع، وقد نفى عنه البأس في «التذكرة» وقضيّته أن يكون عليه طمّ الحفر وأرش نقص الأرض وأن لاشيء له على الشفيع وإن انكسر بالقلع وخرج عن الانتفاع به بشرط عدم التعدّي والتفريط كما إذا ظهرت الأرض مستحقّة.

وحكى في «جامع المقاصد[2] والمسالك[3]» عن المختلف أنّه فصّل بأنّه إن كان القلع لطلب الشفيع لم يجب الطمّ، لأنّ طلبه القلع يتضمّن الإذن في الحفر وليس هو كالغاصب، لأنّه غير عادٍ بفعله، وإن كان القلع من المشتري ابتداءً وجب، لأنّ النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذنٍ من الغير فيجب إصلاحه وقوّياه، بل قال في الأوّل: إنّه صرّح به في «التذكرة» وقد سمعت ما في «التذكرة» والموجود في «المختلف[4]» ما نصّه: والمختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك وطمّ الحفر، لأنّه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره. قوله «إنّه تصرّف في ملكه» قلنا: إنّه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٠.
(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٣.
(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨.
(٤) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٦.

أمّا نقص الأرض الحاصل بالغراس (الغرس ـ خ ل) والبناء فإنّه غير مضمون، لأنّه لم يصادف ملك الشفيع. ويأخذ الشفيع بكلّ الثمن أو يترك.

ممنوع بل تصرّف بالقلع في ملك الشفيع فكان عليه أرشه. نعم تصرّفه بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من أُجرةٍ وغيرها. ولو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش ـ أي أرش الغرس عليه ـ لأنّ التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزلة الملك ولأنّه غرس في حقّ غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت الأرض مستحقّة. وقوله عليه‌السلام «لا ضرر ولا ضرار» مشترك بين الشفيع والمشتري فلا يختصّ به أحدهما، انتهى. ولم يتعرّض فيما إذا اختار الشفيع القلع لطمّ الحفر بنفيٍ ولا إثبات، فكلاهما محتمل، بل قد يظهر منه أنّ له إلزام المشتري بطمّ الحفر، فتدبّر. ولا ترجيح في «الإيضاح[1] والدروس[2]» وقد تقدّم في مثله في العارية[3] ويأتي في مثله في الإجارة ما له نفعٌ تامٌّ في المقام، وقد أسبغنا الكلام في البابين.

[حكم النقص الواقع بالبناء أو الغراس]

قوله: ﴿أمّا نقص الأرض الحاصل بالغراس والبناء فإنّه غير مضمون، لأنّه لم يصادف ملك الشفيع، ويأخذ الشفيع بكلّ الثمن أو يترك﴾ كما في «جامع المقاصد[4] والمسالك[5]» وهو قضيّة كلام «المختلف» وقد

---

(١) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.

(٢) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.

(٣) تقدّم في ج ١٧ في العارية ص ٣٩٨ ـ ٤٠٨.

(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٢.

(٥) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨.

سمعته آنفاً. وقال في «التحرير[1]»: ليس عليه أرش النقص، وهو يحتمل أرش نقص الأرض بالغراس ويحتمل بالقلع. وفي «المسالك[2]» أنّ فيه قولين وأنّ هذا أشهر، فلعلّه أخذ الأشهرية من إطلاقاتهم، وأمّا القول الآخر فلم نجده، ولعلّه أخذه من «الخلاف» في مسألة التعيّب والاستهدام، لأنّ حجّتهم على ما نحن فيه أنّ هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام وأنّه تصرّف في ملك نفسه فلا يتعقّبه ضمان. نعم لو كان ذلك بعد المطالبة اتّجه القول بضمانه على ما سبق في مسألة الاستهدام والتعيّب، ويلزم على مختارنا الضمان، إذ الإجماع يخرج عنه كما في مسألة الاستهدام والواجب عليه في «جامع المقاصد» النظر في ذلك كما نظر فيه هنالك.

وأمّا نقص الأرض الحاصل بالقلع فالشيخ في «المبسوط[3]» على عدم ضمان الأرش. ونسبه في «جامع المقاصد[4]» إليه وإلى جماعة. وفي «المسالك[5]» إلى ظاهر الشرائع وقال: وبه صرّح الأكثر، ولم نجد مصرّحاً به غير الشيخ في «المبسوط» بعد فضل التتبّع. نعم قد يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إنّ الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع بعد بذل الأرش، حيث لم يتعرّضوا لأرش نقص الأرض بالقلع، فتأمّل، أو لأنّه كنقصها بالغرس. ويشهد لذلك أنّه اقتصر في «الدروس[6]» في حكاية ذلك على الشيخ. وعبارة التحرير محتملة كما عرفت، وقد سمعت ما في «المختلف» من وجوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري. وهو خيرة «جامع المقاصد[7]» وقد سمعت ما في «التذكرة» عن أبي حنيفة وما يلزمه،

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.

(٢ و٥) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٢ و٤٢١.

(٦) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.

ولو امتنع المشتري من الإزالة تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال،

وما في «مجمع البرهان» وهو الأقوى لما عرفت غير مرّة، ولا ترجيح في «الدروس».

قوله: ﴿**ولو امتنع المشتري من الإزالة تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال**﴾ قال في «الإيضاح[1]»: الإشكال هنا في موضعين، الأوّل: في القلع، وينشأ من أنّ حقّ الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، ومن أنّ المشتري تامّ الملك قبل أخذ الشقص ولهذا ملك النماء، ومَن بنى في ملكه لم يتعدّ كالّذي لا شفعة عليه، وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعدّيه ونقض بنائه، وإلّا لثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى ورجع الواهب، ومراده أنّه يبقيهما إجماعاً على القول بالجواز، ولأنّ الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر، انتهى. وحاصله: أنّ الشفيع لا يملك قلعه، وهو الّذي حكاه الشهيد عن الشيخ كما ستسمع في آخر المسألة وقال: إنّه يجاب إلى التملّك بالقيمة. الثاني: في وجوب الأرش مع القلع، وينشأ من أنّه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع. وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط ومن أنّ التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزلة الملك، واختاره في المختلف، انتهى.

وقال في «جامع المقاصد[2]»: الظاهر أنّه لا إشكال في القلع. وحكي عن ولد المصنّف الاستشكال فيه. وقال: الظاهر أنّه وهمٌ، إذ لا يتصوّر وجوب إبقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقّه من الشقص إلّا أن يتخيّل وجوب قبول الأُجرة على الشفيع أو وجوب دفع القيمة عليه وإن لم يرض،

---

(١) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٤.

(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٣.

وبطلان هذا أظهر من أن يحتاج إلى بيان، انتهى.

قلت: أمّا ثبوت حقّ القلع للشفيع فظاهر، إذ لولاه لزم الضرر العظيم، هذا يدفع الثمن وذلك يستحقّ المنفعة على الدوام، بل هو أعظم من نفي الشفعة بالكلّية، لكن لا مانع من وجوب قبول الأجرة كما في المتّهب إذا غرس وبنى ورجع الواهب. ولعلّ نظره في «الإيضاح[1]» في الإبقاء بالأجرة إلى ما في «الخلاف[2] والمبسوط[3] والغنية[4] والسرائر[5] والتذكرة[6]» من أنّه له إجباره على القلع إذا ردّ عليه ما نقص، لأنّه حينئذٍ لا خلاف في أنّه له مطالبته بالقلع، وإن لم يردّ لم يكن له ذلك كما في «المبسوط[7] والتذكرة[8]» وليس على وجوب القلع حينئذٍ دليل كما في الثلاثة الأُخر. وقضيّته أنّه إن لم يردّ لم يكن له القلع. وهو قضية مفهوم عبارات المتأخّرين كما ستسمع، ولابدّ من أن يقول هؤلاء جميعاً: إنّه يجب حينئذٍ على الشفيع إبقاؤه بالأُجرة، إذ من البعيد جدّاً أن يقولوا يجب عليه إبقاؤه مجّاناً إلّا أن تقول: إنّ تخييرهم الشفيع بين الأُمور الثلاثة يقضي بأنّه يلزم بالإبقاء من دون أُجرة وإلّا لذكروا ذلك رابعاً.

ولعلّ الوجه في ذلك أنّه على القول بأنّ الشفيع يجب عليه أرش النقص بالقلع أنّه يلزم أنّه لا يملك طلب الأُجرة على الإبقاء، لأنّ القلع لا يسوغ إلّا مع ضمان الأرش، فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه وقد تمنع الملازمة، وفي إلزامهما على الإبقاء بالأُجرة حيث يحصل الامتناع من الأُمور الثلاثة جمعٌ بين الحقّين.

---

(١) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.
(٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٩ مسألة ١٤.
(٣ و٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.
(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.
(٥) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(٦ و٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٠.

وفي قول المصنّف فيما سيأتي «أو يقوّم الغرس مستحقّاً للترك بأُجرة» يرشد إلى ذلك، بل قد تقول: إنّه يقدّم على بعض الثلاثة كما يأتي في الزرع، فليتأمّل. إذ لعلّك تقول: إنّه ليس في ذلك كلّه شهادة على ما يدّعيه في «الإيضاح» فتدبّر.

ونظره في الوجه الثاني من وجهي الإشكال الأوّل إلى ما حكاه قولاً في «التذكرة» من أنّ عليه أن يبقيه في الأرض بأُجرة، ومعناه أنّه لايجوز له إجباره على القلع بأرش ولابدونه، ثمّ إنّ إيجاب قبول الأُجرة أو دفع القيمة كما في الشقّ الثاني على الشفيع وإن لم يرض ليس بأعظم من إيجاب قبول القيمة على المشتري وإن لم يرض كما يأتي من نسبته إلى الأكثر، على أنّه إنّما يقول بالإبقاء مع الأُجرة، فنسبة فخر الإسلام والمحقّقين إلى الوهم كما ترى.

وكيف كان، فممّا اختبر فيه أنّ الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع إذا بذل أرش نقص الغرس إذا امتنع المشتري من القلع «الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر» كما عرفت و«الشرائع [1] وجامع الشرائع [2] والتحرير [3] والإرشاد [4] والتذكرة [5]» في أوّل كلامه و«الدروس [6] وجامع المقاصد [7] والمسالك [8]». وقد يظهر ذلك من كلام أبي عليّ [9]، وفي الأخير أنّه أشهر. ونفاه ـ أي الأرش ـ في «المختلف» كما عرفت، ونفى عنه البأس في «التذكرة»: كما سمعت. وقال في التحرير [10]: لو قيل به كان وجهاً. وقد سمعت ما في «مجمع البرهان [11]».

---

(١) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٢) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٥) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٠.
(٦) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.
(٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٣.
(٨) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.
(٩) راجع المختلف: ج ٥ ص ٣٥٧.
(١٠) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.
(١١) تقدّم في ص ٦٢٩.

وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ـ ومع عدمه نظر ـ

ولا ترجيح في «الإيضاح[١]» وخيرة «المختلف» أشبه بأصول المذهب، لأنّ المشتري قد أقدم على الغرس والبناء وأخفى ذلك عن الشفيع مع علمه باستحقاقه فقد أقدم على إضرار نفسه وما ضرّه أحد، ولا وجه للتنظير بالمستعير كما صنع جماعة فإنّه ما بنى ولا غرس إلّا بإذن المعير، فتأمّل جيّداً، على أنّه قد استشكل فيه هناك المصنّف وولده والشهيد كما تقدّم، ثمّ إنّ هذا القول ـ أي القلع بلا أرش ـ قولٌ قديم حكاه يحيى بن سعيد في «الجامع[٢]».

قوله: ﴿وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري﴾ كما في «التحرير[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥]» ولا بحث في ذلك كما في «جامع المقاصد[٦]».

قوله: ﴿ومع عدمه نظر﴾ يريد أنّه مع عدم رضا المشتري بالقيمة فهل يملك أخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها؟ فيه نظر، ينشأ من أنّها معاوضة فتفتقر إلى رضا المتعاوضين، ومن أنّ ذلك أقرب إلى مصلحة كلٍّ منهما، لأنّ فيه جمعاً بين الحقّين ودفعاً للضرر العظيم اللازم لكلٍّ منهما بقلع البناء والغرس. والأوّل أصحّ كما في «الإيضاح[٧]» وأقوى كما في «جامع المقاصد[٨] والمسالك[٩]» وهو قضية كلام «الشرائع[١٠] والتذكرة[١١] والتحرير[١٢]» حيث لم يذكرا إلّا بذل القيمة مع

(١ و٧) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.
(٢) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.
(٣ و١٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.
(٤ و١٠) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٠.
(٥ و١١) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٦٩ و٢٧٠.
(٦ و٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٣ و٤٢٤.
(٩) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.

الرضا. وكأنّه مال إليه أو قال به في «الدروس[١]» حيث قال: إنّ قول الشيخ مشكل.

وقد نسب الثاني في «الإيضاح[٢]» إلى جمهور أصحابنا. وفي «جامع المقاصد[٣]» إلى أكثرهم. ولم نجد لذلك ذِكراً في غير ما ذكر إلّا في «المبسوط[٤]» وقد يظهر ذلك من أبي عليّ[٥]. قال في «المبسوط[٦]»: قلنا للشفيع أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء بين أن تدع الشفعة أو تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء أو تجبره على القلع وعليك قيمة ما نقص، وهو بإطلاقه يتناول صورة الرضا وعدمه وإن كان قد يدعى تبادر الاُولى لا سيّما مع ملاحظة اُصول المذهب، ولكنّهم فهموا منه شمول الصورتين. وقد صرّح بعدم التوقّف على الرضا في مثله في مزارعة «الخلاف[٧] والمبسوط[٨]» وادّعى عليه في الأوّل إجماع الفرقة وأخبارهم كماأسبغنا الكلام في ذلك في باب الإجارة وتقدّم لنا مثله في باب العارية. وقال أبو عليّ فيما حكي[٩]: كان الشفيع مخيّراً بين أن يعطي قيمة ما أحدثه المشتري وبين أن يترك الشفعة ... إلى آخره، ولم يتعرّض لشيء من ذلك في المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والمراسم والكافي والمهذّب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والإرشاد. وقد سمعت ما في «الشرائع والتذكرة والتحرير» وهؤلاء المتقدّمون على الإيضاح، فأين ما نسبه فيه إلى جمهورهم. وأمّا الشهيد المتقدّم على جامع المقاصد فقد عرفت أنّه مال أو قال إنّما ذلك في صورة الرضا، مع أنّه قد قصر

---

(١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٢٧٣.
(٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٤.
(٤ و٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.
(٥ و٩) حكى عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٧.
(٧) الخلاف: في ما لو أكراه أرضاً على أن يزرع فيها ج ٣ ص ٥١٩ مسألة ٨.
(٨) المبسوط: في المزارعة ج ٣ ص ٢٦٤.

وبين النزول عن الشفعة. فإن اتّفقا على بذل القيمة أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوّم مستحقّاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً، لأنّه إنّما يملك قلعه مع الأرش، بل إمّا أن تقوّم الأرض وفيها الغرس، ثمّ تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوّم الغرس مستحقّاً للترك بالأُجرة، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه.

الحكم بذلك ـ أي أنّه يجاب إذا بذل القيمة ـ على الشيخ، ولو وافقه غيره لربّما ذكره، وهو ممّا يشهد على صحّة تتبّعنا فيه.

قوله: ﴿وبين النزول عن الشفعة﴾ هذا ممّا لا كلام فيه كما في «المبسوط[1]» ولا بحث كما في «جامع المقاصد[2]» وهو واضح كما في «المسالك[3]» وظاهرهم أنّ ذلك له وإن كان بعد أخذه بالشفعة، لأنّه له أن يمتنع من القلع وبذل الأرش ومن بذل القيمة. نعم إن بذل له المشتري الغرس مجّاناً كان له أن يمنعه من الفسخ والنزول عن الأُجرة.

قوله: ﴿فإن اتّفقا على بذل القيمة أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوّم مستحقّاً للبقاء في الأرض ولامقلوعاً، لأنّه إنّما يملك قلعه مع الأرش، بل إمّا أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثمّ تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوّم الغرس مستحقّاً للترك بالأُجرة،

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٤.

(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.

أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التحرير[١]» وكذا «الدروس[٢]». ولعلّ غرضهما ببيان ذلك التعريض بما في «المبسوط[٣]» قال فيه: إن اختار الأخذ ودفع القيمة أخذ الشقص بالثمن المسمّى ويأخذ ما أحدثه المشتري بقيمته حين الأخذ سواء كانت القيمة ما أنفقه المشتري أو أقلّ، لأنّه إذا كان الأخذ بالقيمة كان اعتبار القيمة حين الأخذ، انتهى. فيكون غرض المصنّف أنّ المراد معرفة قيمته السوقية حين الأخذ، لأنّ المرجع فيها إلى الصفات الثابتة للغرس حين الأخذ، لأنّها مناط الشرعيّات، فلا يقوّم مستحقّاً للبقاء في الأرض، إذ لا يستحقّ ذلك ولا مقلوعاً، لأنّ الشفيع لا يملك القلع إلّا بالأرش. فالطريق عنده إلى ذلك أمران:

الأوّل: أن تقوّم الأرض وفيها الغرس، ثمّ تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس، فيدفعه الشفيع. وأورد عليه في «جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» بأنّه قد يكون بضميمة كلّ من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحقّه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية حقّاً للمشتري؟ وفيه: أنّ الشفيع إنّما يستحقّ الأرض فقط والهيئة الاجتماعية كلّها للمشتري، لأنّها إنّما حدثت في ملكه، ولأنّه لا يضمنها لو قلع قطعاً ولو كان للشفيع فيها نصيب لضمنها. ثمّ قال المُورد[٦]: فالوجه الأسلم (فالأوجه ـ خ ل) أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثمّ يقوّم كلّ منهما منفرداً، فإن بقي من

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.
(٢) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.
(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.
(٤ و٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٥.
(٥) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.

مجموع القيمتين بقية قسّمت عليهما على نسبة كلّ من القيمتين، فإذا كانت قيمة المجموع مائة والأرض أربعين والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة للأرض أربعة أتساعها والغرس خمسة أتساعها، أو تقوّم الغرس قائماً غير مستحقّ للقلع، إلّا بعد بذل الأرش، وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع أرشه، لكن حيث تقوّم والغرس فيها لم يبيّنوا لنا ماذا يلحظ في الغرس فإنّ له أحوالاً.

الثاني: أن يقوّم الغرس مستحقّاً للترك بالأُجرة أو لأخذه بالقيمة حال كونهما ممتنعَين من قلعه، بمعنى أنّه ينظر فيه إلى هذين الوصفين فيقال: كم قيمة هذا الغرس الّذي يستحقّ الإبقاء في أرض الغير بالأُجرة؟ ويستحقّ صاحب الأرض أخذه بالقيمة قهراً عند امتناع كلّ من مالكه ومالك الأرض من قلعه وكلّ من الوصفَين موجب لنقصان القيمة، فإنّ ما لا يبقى إلّا بالأُجرة قيمته أنقص من قيمة ما يبقى مجّاناً، وكذا ما يستحقّ أخذه قهراً.

وقد يناقش في كون الوصف الأخير موجباً لنقصان القيمة بالنسبة إلى الشفيع، لأنّ الظاهر أنّ المراد بالقيمة في قولهم «مستحقّاً لأخذه بالقيمة» القيمة الواقعية لا القيمة الّتي أوجب القهر نقصها، سلّمنا لكن يرد عليهم مثله في الأرش، إذ أرش ما يستحقّ قلعه بالأرش أنقص من أرش ما لا يستحقّ قلعه فهلّا لحظوه. وإن قلت: إنّ المراد أنّه يقوّم مستحقّاً أخذه بالقيمة الواقعية قهراً وهذا يوجب نقصاً في قيمته، قلنا: هذا لا يوجب نقصاً بالنسبة إلى الشفيع بل بالنسبة إلى الأجنبيّ لو أتلفه إن سلّمناه، وإلّا فهو محلّ نظر، وله نظائر.

وقال في «الدروس[1]»: هذا لا يتمّ إلّا على قول الشيخ بأنّ الشفيع

---

(١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.

لايملك قلعه وأنّه يجاب إلى القيمة لو طلب تملّكه وهو مشكل، انتهى. ومعناه أنّه لو لم يكن مبنيّاً على ذلك لقال أو مستحقّاً لقلعه مع الأرش، لأنّه وصف تنقص به القيمة، ولا دخل لامتناع الشفيع من القلع هنا، لأنّ امتناعه منه لايرفع استحقاقه له.

وفي «جامع المقاصد»[1] أنّه إنّما يتأتّى أيضاً على القول بأنّ الشفيع لايجب عليه أرش النقص بالقلع، أمّا على القول به فإنّه لا يملك طلب الاُجرة على الإبقاء، لأنّ القلع لا يسوغ إلّا مع ضمان الأرش، فما دام لا يبذله، فالإبقاء واجب عليه. قلت: قد عرفت الحال في ذلك. ولعلّ الأوجه أن يقال: إنّه يقوّم قائماً غير مستحقّ للقلع إلّا بعد بذل الأرش أو باقياً في الأرض بأُجرة إن رضي المالك ويترك قولهم «أو مستحقّاً لأخذه بالقيمة» لما عرفته، وقول المصنّف إذا امتنعا من قلعه ليس شرطاً ليقوّم بل هو من تتمّة الوصف. وقوله «أو ما نقص منه إن اختار القلع» يريد به بيان طريق معرفة الأرش على القول بوجوب بذله، فيكون «ما نقص» معطوفاً على الضمير المنصوب في قوله «فيدفعه» ويجوز أن يكون معطوفاً على مفعول «يقوّم» وهو الأرض، والمعنى لا يختلف.

قال في «المبسوط»: وعليه ما نقص بالقلع فيقال كم يساوي غير مقلوع؟ فإذا قالوا مائة قلنا: كم يساوي مقلوعاً؟ فإذا قالوا خمسين قلنا: فأعطه خمسين[2]. ولايخفى ما في العبارة من عدم الجزالة مع رجوعه عن الإشكال السابق في ردّ الأرش مع القلع إلى الجزم به، فتأمّل.

ــــــــــــــــ

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٥.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقتٍ أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقتٍ آخر فله ذلك.

ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثمّ أخذه الشفيع فالحكم كذلك.

ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه إبقاء الزرع إلى أوان الحصاد مجّاناً.

قوله: ﴿ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقتٍ أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقتٍ آخر فله ذلك﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» والمراد أنّه اختار ذلك ليخف الأرش فله ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الّذي تكثر فيه قيمته قطعاً كما في «جامع المقاصد».

قوله: ﴿ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثمّ أخذه الشفيع فالحكم كذلك﴾ وكذلك ما في «التحرير[3] وجامع المقاصد[4]» ومراده أنّ المشتري غرس وبنى في الجزء المشفوع حال الإشاعة مع الشفيع أو وكيله بحيث يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر. ويتصوّر ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعة له أو يتوهّم كثرة الثمن ثمّ يتبيّن الخلاف، فإنّه إذا أخذ بالشفعة يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما إذا حصلت القسمة ثمّ غرس أو بنى في حصّته ثمّ أخذه الشفيع، كما ذكر ذلك كلّه في «جامع المقاصد[5]».

[فيما لو زرع المشتري في المبيع]

قوله: ﴿ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه إبقاء الزرع إلى

(١ و٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.

(٢ و٤ و٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٦.

أوان الحصاد مجّاناً﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» وقال في «جامع الشرائع[5]»: إنّه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس.

حجّة الجماعة أنّه تصرّف بحقّ، إذ المفروض أنّه تصرّف بعد القسمة الشرعية أو بالإذن مع الإشاعة وله أمد ينتظر، فتكون مدّته كالمنفعة المستوفاة للمشتري، ولا كذلك الغرس والبناء فإنّهما لا أمد لهما ينتظر فيه القلع، وقد عرفت آنفاً الوجه في ثبوت حقّ القلع للشفيع. وهذا إذا أخذه الشفيع في الحال ولكن هل له تأخير الأخذ إلى أن يحصد الزرع؟ ولأنّه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل فله أن يقول لا أشفع الآن ولا أدفع الثمن، لأنّ تأخير بذل المال الّذي لم يحصل فائدة لبذله غرض مطلوب للعقلاء، وأنّ ذلك جاء من قِبل المشتري ولمصلحته فكان ذلك عذراً مسوّغاً للتأخير، كما هو خيرة «المبسوط[6] والإرشاد[7] وشرحه[8]» لولده، وكذا «الدروس[9]» واختير في «التذكرة[10] والمختلف[11] والإيضاح[12] وجامع المقاصد[13]» أنّه لا يجوز له التأخير.

(١ و١٠) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧١ و٢٧٢.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.
(٣) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.
(٤ و١٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٧ و٤٠١.
(٥) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.
(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٩.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٣ س ٢١.
(٩) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٤.
(١١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.
(١٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.

والنماء المنفصل المتجدّد بين العقد والأخذ للمشتري

وهو ظاهر «التحرير[1]»: وفي «المسالك[2]» أنّه لا يخلو من قوّة، لأنّ الشفعة على الفور، ومثل ذلك لا يثبت عذراً، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع فإنّه لايجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً. وتردّد في «الشرائع[3]» وفيما يأتي من الكتاب. ولا ترجيح في «الكفاية[4]» وكأنّه قال بالثاني في «مجمع البرهان[5]» وهو الأقوى للأصل، لأن كانت على خلاف الأصل. ومثله ما لو كان في المشفوع ثمرة فإنّه يجب عليه الأخذ على الفور كما يجب عليه الإبقاء إلى القطاف.

فرعٌ ذكره في «جامع المقاصد[6]» قال: لو آجر المشتري إلى مدّة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجارة؟ انتهى كلامه من دون ترجيح، والظاهر عندنا أنّ له ذلك، وإلّا لزم الضرر على الشفيع ولا سيّما إذا كانت المدّة طويلة تزيد عن أمد الزرع والثمرة ولا ضرر في الفسخ على المشتري، ولمّا كان في قلع الزرع ضرر عليه أوجبنا عليه الإبقاء.

[في النماء المتجدّد بين العقد والأخذ]

قوله: ﴿والنماء المنفصل المتجدّد بين العقد والأخذ للمشتري﴾

هذا ممّا لا خلاف فيه في غير ثمرة النخل الّذي لم يؤبّر كما ستسمع. وقال في

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٨.

(٢) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٧.

(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٢.

(٤) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٨.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٩.

(٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٧.

وإن كان نخلاً لم يؤبّر على رأي،

«المسالك[١]»: لا خلاف في أنّ الثمرة إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ بالشفعة تكون للمشتري وإن بقيت على الشجرة، لأنّها بحكم المنفصل، انتهى. ووجهه أنّه نماء ملكه فإنّه حينئذٍ مالك بالاستقلال، وتزلزل الملك لا ينافي ملك النماء.

قوله: ﴿وإن كان نخلاً لم يؤبّر على رأي﴾ أي النماء الحاصل بين عقد البيع وبين أخذ الشفيع بالشفعة للمشتري وإن كان المبيع نخلاً لم يؤبّر قد بيع مع أرض، فإنّ ثمرته المتجدّدة بعد البيع للمشتري، ولايكون عدم تأبيرها موجباً لتبعيّتها للشقص في الشفعة فيأخذها الشفيع، فتأمّل. والأولى أن تقول: وإن كان النماء ثمرة نخل لم يؤبّر وقت الأخذ. وذلك خيرة «الشرائع[٢] والتحرير[٣] والإيضاح[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]». وقال في «المبسوط[٨]» فيما إذا ظهر الطلع بعد الابتياع ولم يؤبّر وأخذ الشفيع بالشفعة: هل يتبع الأصل فيأخذه الشفيع؟ فيه قولان: أولاهما أنّه يتبع لعموم الأخبار. وأراد «عموم الأخبار» الواردة في وجوب الشفعة في المبيع، ولعلّه أراد أنّ الطلع قبل التأبير ليس ممّا ينقل ويحول حتّى يخصّص به العموم، بل قال فيه وفي «الخلاف[٩]»: إذا باع النخل منضمّاً إلى الأرض، وهو مثمر وشرط الثمرة في البيع كان للشفيع أخذ

(١ و٧) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣١.
(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦١.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.
(٤) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٥.
(٥) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.
(٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٧.
(٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٩.
(٩) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٠ مسألة ١٥.

وعلى الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجّاناً،

ذلك أجمع مستدلاً بالعموم المذكور، ولم يستدلّ على ما نحن فيه بما* في «الدروس[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» بالقياس على البيع حتّى يجاب بأنّ الحكم ثبت في البيع على خلاف الأصل، فإلحاق الشفعة به قياس، على أنّه قد يكون أراد أنّ الطلع بعد ظهوره وقبل تأبيره لمّا أدخله الشارع في المبيع دون سائر الثمار علمنا أنّه عنده جزء منه كما أشار إليه في «الشرائع[4]» بقوله: لأنّه بحكم السعف، فليتأمّل وليس هو عين الأوّل، فيصير الحاصل أنّ الشيخ يذهب إلى أنّه جزء أو كالجزء فلا يكون ممّا ينقل ويحول فيتناوله العموم ولا مخصّص. والجماعة يقولون: إنّه خارج عن المبيع وأنّه ممّا ينقل ويحول ولا يجري مجرى الجزء إلّا في البيع فيتناوله التخصيص، فتأمّل. ثمّ إنّ المصنّف في التذكرة[5] يلزمه القول بقول الشيخ، لأنّه قوّى في «التذكرة» فيما إذا كان الطلع غير مؤبّر وقت الشراء ثمّ أخذه الشفيع قبل التأبير دخوله في الشفعة، إلّا أن تفرّق بين الطلع الموجود وقت البيع وبين الحادث في ملك المشتري، فإنّ الأوّل يتبع النخل كما يتبع النخل الأرض، فتأمّل.

قوله: ﴿وعلى الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجّاناً﴾ لأنّ له أمداً ينتظر فيه القطع فكان كالزرع.

---

* ـ «بما» لفظة موجودة في بعض النسخ دون بعض.

---

(١) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧٣.
(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٧.
(٣) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣١.
(٤) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦١.
(٥) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٥.

أمّا المتّصل فللشفيع.

ولو كان الطلع غير مؤبّر وقت الشراء فهو للمشتري. وإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصّتها، من الثمن.

قوله: ﴿أمّا المتّصل فللشفيع﴾ بلا خلاف كما في «المبسوط[1]» ومراده كما هو عادته نفيه بين المسلمين. وذلك ككبر الوديّ وزيادة أغصان النخل ونحو ذلك.

قوله: ﴿ولو كان الطلع غير مؤبّر وقت الشراء فهو للمشتري، وإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصّتها، من الثمن﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] والمسالك[4] وجامع المقاصد» وقال في الأخير: إنّه إذا أخذه الشفيع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعاً، فيجب أن يسقط من الثمن حصّة الطلع منه، لأنّه قد ضمّ غير المشفوع إلى المشفوع. وطريق ذلك تقويم الجميع ثمّ تقويم الطلع، وتنسب قيمته إلى قيمة المجموع ثمّ يسقط من الثمن بهذه النسبة. ولم يتعرّض المصنّف في هذا الفرض لما إذا أخذ الشفيع بالشفعة قبل التأبير. وقد قوّى في التذكرة كما سمعت حكايته آنفاً دخوله في الشفعة كما دخل في المبيع، فصار بمنزلة النخل في الأرض[5].

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٥.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٩.

(٤) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣١.

(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٨.

ولو ظهر استحقاق الثمن، فإن لم يكن معيّناً فالاستحقاق باقٍ، وإلّا بطلت الشفعة.

[فيما لو ظهر الثمن مستحقّاً]

قوله: ﴿ولو ظهر استحقاق الثمن، فإن لم يكن معيّناً فالاستحقاق باق، وإلّا بطلت الشفعة﴾ كما نصّ على الحكم الثاني في «المبسوط [1]» وعليه وعلى الأوّل في «السرائر [2] والشرائع [3] والتذكرة [4] والتحرير [5] والإرشاد [6] وشرحه» لولده [7] و«الدروس [8] وجامع المقاصد [9] والمسالك [10] ومجمع البرهان [11]» ونصّ الخراساني [12] على الثاني. والوجه في الحكمين واضح، لأنّ استحقاق أحد العوضين المعيّنين يوجب بطلان البيع لبقاء الآخر بغير عوض في مقابله بخلاف ما في الذمّة، فإنّ المدفوع عنه لا يتعيّن ثمناً على تقدير ظهوره مستحقّاً، بل الثمن أمر كلّي في الذمّة فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد. ولو أجاز مالك الثمن الشراء صحّ البيع وثبتت الشفعة.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٦.
(٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥.
(٣) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦١.
(٤) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٧.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٠.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.
(٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٣ س ١٦.
(٨) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(٩) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٢.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٦.
(١٢) كفاية الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١ ص ٥٤٩.

ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقّاً.

قوله: ﴿ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقّاً﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]» لأنّ استحقاقه لها ثبت بالبيع، وهو صحيح سواء كان ما جعله الشارع عوضاً معيّناً كقوله: أخذت الشقص بهذه الدراهم، أو مطلقاً كقوله: تملّكت أو أخذت بعشرة دراهم وهي مقدار الثمن. وهو معنى قوله في «الشرائع[6]»: لم تبطل شفعته على التقديرين. وفي «الدروس[7]» أنّها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فورية، انتهى. وهذا منه مبنيّ على أنّ الملك لا يحصل إلّا باللفظ ودفع الثمن كما هو مختاره ومختار المصنّف كما سلف[8]، وعلى أنّه يجب الفور بدفع الثمن كما يجب الفور بالأخذ باللفظ. وهذه الملازمة هي الّتي يقتضيها النظر وقد ادّعاها في «جامع المقاصد[9]» كما سلف، ونحن قد تأمّلنا فيها هناك، لأنّ الّذي تعتبر فوريّته إنّما هو الصيغة، وأمّا دفع الثمن فالأصل عدم اعتباره، وعلى ذلك نبّه في «المسالك[10]» ويشهد على ذلك تناول إطلاق العبارة لذلك، لكن مقتضى النظر خلاف ذلك. وربّما فرّق مع العلم بين كون الثمن معيّناً ومطلقاً، لأنّه مع التعيين يلغو الأخذ فينافي الفورية بخلاف المطلق فإنّ الأخذ صحيح ثمّ يدفع الواجب بعد ذلك، فليتأمّل فيه.

(١ و٦) شرائع الإسلام: في كيفية أخذ الشفعة ج ٣ ص ٢٦١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٧.
(٣ و٧) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(٤) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٢٩.
(٥ و١٠) مسالك الأفهام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٢ و٣٣٣.
(٨) تقدّم مختار المصنّف في ص ٥٣٥.
(٩) تقدّم كلام جامع المقاصد والتأمّل في الملازمة في ص ٥٣٧ ـ ٥٣٨.

ولو ظهر عيبٌ في الثمن المعيّن فردّه البائع قُدّم حقّ الشفيع، فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الردّ.

[فيما لو ظهر عيب في الثمن]

قوله: ﴿ولو ظهر عيبٌ في الثمن المعيّن فردّه البائع قُدّم حقّ الشفيع﴾ إذا اشترى شقصاً من دار بعبد مثلاً، فأصاب البائع بالعبد عيباً، فإمّا أن يكون العلم بالعيب قبل أن يحدث به عنده ما يمنع الردّ أو بعده، وعلى التقدير الأوّل إمّا أن يكون قد ردّ العبد بالعيب أو لم يردّ، وعلى التقادير الثلاثة إمّا أن يكون قد أخذ الشفيع بالشفعة أو لا، والظاهر أنّ المراد من العبارة أنّه لم يعلم بالعيب ولم يردّ إلّا بعد أخذ الشفيع بالشفعة، إذ لو لم يكن المراد منها ذلك لكان قوله فيما يأتي: أمّا لو لم يردّ البائع الثمن حتّى أخذ الشفيع ... إلى آخره، تكراراً كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى. فكان الحاصل أنّه لو ظهر عيب في الثمن المعيّن قبل حدوث حدث فيه فللبائع ردّه، لأنّ ذلك حقّ له فلا يسقط، لكن حقّ الشفيع أيضاً لا يسقط، لأنّه قد ثبتت صحّة البيع فتثبت الشفعة وقد أخذ بها، ولا ينافيها الفسخ كما تقدّم بيان ذلك[1] مسبغاً عند شرح قوله: فإن تقايل المتبايعان أو ردّ بعيب.

قوله: ﴿فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الردّ﴾ أي إذا قدّمنا حقّ الشفيع وأخذ الشقص فالبائع يطالب المشتري بقيمة الشقص حين الردّ، أمّا الأوّل فلأنّه في حكم التالف وأنّ المتلف المشتري. وأمّا الثاني فلأنّه حين انفساخ البيع. ولا فرق في ذلك بين أن تزيد قيمة الشقص عن قيمة الثمن أو تنقص لكنّه إنّما يثبت له الردّ إذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الردّ كما تقدّم في محلّه.

---

(١) تقدّم في ص ٥٩٩ ـ ٦٠٧.

وبالأرش إن حدث، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح.

قوله: ﴿وبالأرش إن حدث ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمةالعوض الصحيح﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]» أمّا الأوّل فلتعذّر الردّ حينئذٍ. ولايجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب. وأمّا الثاني فلأنّ الشفيع إذا كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحاً إن كان مثليّاً وبقيمته كذلك إن كان قيميّاً فلا سبيل عليه، لأنّه قد استدرك الظلامة. نعم إن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بباقي قيمة الصحيح، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الّذي استقرّ على المشتري، والّذي استقرّ عليه عبد وأرش نقص ذلك العبد، على أنّ وجوب الأرش من مقتضيات العقد لاقتضائه السلامة. وربّما قيل[10]: إنّه لا يرجع، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الّذي استقرّ عليه العقد. وكذلك الحال فيما إذا رضي البائع به معيباً ولم يردّه مع عدم المانع من ردّه واختار الأرش.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.
(٧) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٠.
(٨) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٣٥٢.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤١.
(١٠) كما في جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣١.

ولو عاد إلى المشتري بهبةٍ وشبهها لم يملك ردّه على البائع. ولو طلبه البائع لم تجب إجابته.

ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أنّ الشفيع لا يرجع بالتفاوت.

قوله: ﴿ولو عاد إلى المشتري بهبةٍ وشبهها لم يملك ردّه على البائع. ولو طلبه البائع لم تجب إجابته﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» لأنّ العلقة قد انقطعت بين البائع والمشتري، فلو عاد الشقص إلى المشتري بهبةٍ ونحوها لم يكن للمشتري ردّه والمطالبة بالقيمة ولا للبائع ردّ القيمة وأخذه، لأنّ المشتري قد برئت ذمّته بدفع القيمة للبائع وهو قد ملكها ملكاً مستقرّاً، فليس لأحدهما إبطال ذلك، وذلك بخلاف الغاصب إذا دفع القيمة لتعذّر ردّ المغصوب. واحتمال الوجهين بناءً على أنّ الزائل العائد كالّذي لم يزل أو كالذي لم يعد لا وجه له، لأنّه يتبع في ذلك الأدلّة.

قوله: ﴿ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أنّ الشفيع لا يرجع بالتفاوت﴾ قال في «المبسوط[8]»: فإن عاد الشقص إلى ملك المشتري بشراءٍ أو هبةٍ أو ميراثٍ لم يكن له ردّه على البائع ولا عليه ردّه عليه إن

(١ و٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.

(٢) شرائع الإسلام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٨.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٥٨٢.

(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.

(٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣١.

(٧) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٤.

طالبه به، فإذا لم يعد إليه فقد استقرّ الشقص على المشتري بقيمته وعلى الشفيع قيمة العبد، وانقطعت العلقة بين المشتري وبين البائع، وهل بين الشفيع وبين المشتري تراجع أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا تراجع بينهما، لأنّ الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الّذي استقرّ العقد عليه، والّذي استقرّ عليه العقد هو الثمن. والثاني: بينهما تراجع، لأنّ الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الّذي استقرّ على المشتري، والثمن الّذي استقرّ على المشتري قيمة الشقص، فوجب أن يكون بينهما تراجع. فإن قلنا لا تراجع فلا كلام، وإن قلنا بينهما تراجع قابلت بين قيمة العبد وقيمة الشقص، فإن كانت القيمتان سواء فلا كلام، وإن كان بينهما فضل تراجعا، فإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد رجع المشتري على الشفيع بتمام قيمة الشقص وإن كانت قيمة الشقص أقلّ رجع الشفيع على المشتري بما بينهما من الفضل، انتهى كلامه برمّته، وهو كما سمعت لا ترجيح فيه لواحدٍ من الوجهين، كما لا ترجيح في «التحرير[1] والإيضاح[2]» فما في «الإيضاح وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» من أنّ الشيخ قال: يرجع، لأنّ العقد قد بطل فلم يعتبر ما وقع عليه بل المعتبر ما استقرّ وجوبه على المشتري لم يصادف محزّه في النسبة والدليل. ويرشد إلى ذلك أنّه لم يذكر ذلك في «المختلف ولا الدروس».

وكيف كان، فعدم رجوع الشفيع بالتفاوت خيرة «الشرائع[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» ووجهه ما سمعته في كلام الشيخ. والظاهر أنّه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا، فإن لم يكن دفع وجب عليه الدفع كما في «جامع

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.
(٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٦.
(٣ و٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣١.
(٤ و٧) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٤.
(٥) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.

ولو كان في يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقّه ويأخذه بقيمة الثمن، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن، ولا يرجع المشتري بالزيادة،

المقاصد» ويأتي ما يدلّ عليه. وقد يظهر الفرق من عبارة «المبسوط[1] والتحرير[2] والشرائع[3] والكتاب» حيث فرضوا المسألة فيما إذا كان قد دفعه وحكم في الأخيرين بعدم رجوعه، وتردّد في الأوّلين. ويمكن أن يكونوا أرادوا برجوعه به استثناء التفاوت ممّا وجب عليه العقد وسمّوه رجوعاً على تقدير عدم دفعه نظراً إلى ثبوته عليه أوّلاً فيشمل القسمين، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو كان في يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقّه ويأخذه بقيمة الثمن، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن، ولا يرجع المشتري بالزيادة﴾ كما في «الشرائع[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وهو خلاصة كلام «المبسوط[7] والتذكرة[8]» وفي هذا تنبيه على أنّ الشفيع إنّما يأخذ من المشتري وإن كان أخذه البائع كما يعطيه إطلاق هذه العبارات، وهو خلاف ما تقدّم لنا فيه وفي مثله من أنّه إذا كان في يد البائع كان الأخذ منه، وعلى أنّه لا فرق في تقديم حقّ الشفيع بين أن يكون قد أخذ

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٢؛ لكنّه ليس فيه ترجيح لأحد الوجهين.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.
(٣ و٤) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٢.
(٦) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٥.
(٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.
(٨) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٨.

ويحتمل تقديم حقّ البائع، لأنّ حقّه استند إلى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده،

بالشفعة أو لا ولا بين أن يكون الشقص في يد المشتري أو لا، لاشتراك الجميع في المقتضي لترجيح الشفيع، وقد تقدّم بيانه. وحينئذٍ فيأخذه بقيمة الثمن سليماً، ثمّ يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص وإن زادت على قيمة الثمن ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن، لأنّه إنّما يستحقّ عليه الثمن الّذي وقع العقد. ولعلّ الغرض هنا بيان أنّ المشتري لا يرجع بالزيادة جزماً وأمّا النقيصة فالحكم فيها ما تقدّم من الأقربية والجزم والتوقّف، فتأمّل.

قوله: ﴿ويحتمل تقديم حقّ البائع، لأنّ حقّه استند إلى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده﴾ ولأنّ الشفعة شرّعت لإزالة الضرر فلا نثبتها حيث يتضرّر البائع بإثباتها، لأنّ قيمة الشقص قد تكون أقلّ ممّا يأخذه الشفيع بقيمة الثمن والضرر لا يزال بالضرر، كذا قال بعض الشافعية[1] وهو المذكور في توجيه هذا الاحتمال في «المبسوط[2] والتذكرة[3]» ونحوه ما في «الدروس[4]» لكنّه فسّر الضرر الداخل على البائع بفوات الشقص وهو أجود من الأوّل، ولأنّ الشفيع بمنزلة المشتري، وردّ البائع يتضمّن نقض ملكه كما تضمّن نقض ملك المشتري، والأولى توجيهه بما ستسمعه فيما بعده بلا فاصلة.

وكيف كان، فهذا الاحتمال لبعض الشافعية، وقد ضعّفه جماعة من أصحابنا،

---

(١) راجع شرح الوجيز: ج ٥ ص ٥١٤، وروضة الطالبين: ج ٤ ص ١٧٣.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥.
(٤) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.

بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً، لأنّ حقّه استرجاع الثمن، وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الردّ.

وقد تقدّم الكلام في ذلك مستوفىً عند شرح قوله «وإن تقايل المتبائعان» وقد ذكر هذا الاحتمال في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4]» كالكتاب في صورة ما إذا ردّ البائع الثمن والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع وصريح كلامهم جميعاً أنّه إذا كان قد أخذه الشفيع قبل أن يردّ البائع فلا مجال لهذا الاحتمال، والتوجيه الأوّل بل وغيره يقتضي الاطّراد في الأقسام كلّها. ويأتي تمام الكلام قريباً.

قوله: ﴿بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً، لأنّ حقّه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الردّ﴾ هذا جرى مجرى سؤال مقدّر، وهو أنّ هذا التوجيه يقتضي تقديم حقّ المشتري فيما إذا وجد المبيع معيباً وأراد ردّه وإبطال حقّ الشفيع؟ فأجاب بأنّ هذا بخلاف حكم المشتري في الفرض المذكور، لأنّ حقّ الشفيع لا ينافي حقّ المشتري، لأنّ حقّ المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع، فلا فائدة في الردّ.

واعترضه في «جامع المقاصد[5]» بأنّا لا نسلّم انحصار فائدة المشتري إذا ردّ في استرجاع الثمن، بل من فوائده أيضاً السلامة من درك المبيع لو ظهر مستحقّاً، فحينئذٍ يستوي البائع والمشتري في تطرّق الاحتمال إلى تقديم حقّ كلّ منهما

---

(١) راجع هامش ٢ من الصفحة السابقة.

(٢) تقدّم في هامش ٣ من الصفحة السابقة.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.

(٤) تقدّم في هامش ٤ من الصفحة السابقة.

(٥) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٣.

أمّا لو لم يردّ البائع الثمن حتّى أخذ الشفيع فإنّ له ردّ الثمن، وليس له استرجاع المبيع، لأنّ الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبيّ.

على حقّ الشفعة وبالعكس، انتهى. وقد تقدّم أنّ من المعلوم أنّ المشتري لم يفسخ من جهة خوف درك المبيع لو أخذه الشفيع وإنّما فسخ من جهة العيب وذهاب بعض الثمن عليه، فإذا رجع إليه الثمن كملاً اندفعت مظلمته، ولا كذلك البائع فإنّ له غرضاً بالعين ولذلك اشترطها، فإذا قدّم حقّ الشفيع عليه يكون قد ذهب منه الشقص والعين الّتي قد اشترطها معاً، على أنّ قيمة الشقص قد تكون أقلّ من قيمة العين، بل يمكن أن يجاب عن ذلك بأنّ درك المبيع لم يلتفتوا إليه في عدّة مسائل كما يأتي، لأنّه قلّ ما يلتفت إليه. ولعلّهم لو استندوا في توجيه الاحتمال لما ذكرناه كان أسدّ وأجود، وبه يتّضح الفرق بين البائع والمشتري، إذ الغالب الشراء بالأثمان، بل يكفي عدم التعيين فيه.

قوله: ﴿**أمّا لو لم يردّ البائع الثمن حتّى أخذ الشفيع فإنّ له ردّ الثمن، وليس له استرجاع المبيع، لأنّ الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبيّ**﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط [1] والتذكرة [2] وجامع المقاصد [3]» وصرّح بذلك بدون التنظير بالأجنبيّ في «الشرائع [4] والتحرير [5] والدروس [6]» كما عرفته آنفاً. وعبارات هذه

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٧٨.

(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٤.

(٤) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.

(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.

ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه، فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته، وإلّا بطلت الشفعة على إشكال.

الكتب بإطلاقها شاملة لما إذا علم البائع ولم يردّ حتّى أخذه الشفيع ولما إذا لم يعلم فلم يردّ حتّى أخذ. وفرض ما نحن فيه في «التذكرة» فيما إذا علم البائع بالعيب بعد أخذ الشفيع، وقضية ذلك بالأولوية أنّه إذا علم بالعيب قبل أخذ الشفيع ولم يردّه حتّى أخذ أنّه ليس له استرجاع المبيع فتكون موافقة للمبسوط وما وافقه.

ويجب أن تحمل عبارة الكتاب هنا على هذا الشقّ الأخير، وهو ما إذا علم قبل الأخذ ولم يردّ حقّ أخذ، لأنّه لولا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركاً لسبق ذكره، فإنّه بعينه هو ما ذكره أوّلاً، وإذا حمل هذا على ما ذكرنا والأوّل على ما إذا لم يعلم كما بيّنّاه زال الاستدراك. وكذلك العكس، والحكم واحد، لأنّ الشفيع إذا ملكه بالأخذ فليس للبائع إبطال ملكه كما إذا باعه المشتري لأجنبيّ. وقد ظهر عيب في الثمن المعيّن فإنّ البائع لا يملك إبطال ملك الأجنبيّ قطعاً، فكذا في حقّ الشفيع. ومثله ما لو قبض أحد المتبايعين وباع ثمّ تلفت العين قبل القبض فإنّ البيع الثاني لا يبطل ويرجع صاحب العين المبيعة ثانياً بقيمتها كما نبّه على ذلك كلّه في «جامع المقاصد[1]».

[فيما لو تلف الثمن قبل قبضه]

قوله: ﴿ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه، فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته، وإلّا بطلت الشفعة على إشكال﴾ قال

---

(١) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٤.

في «المبسوط[1]»: لو باع شقصاً بعبد فتلف العبد قبل القبض بطل البيع وبطلت الشفعة ببطلانه. فقد حكم ببطلانها مطلقاً. وهو خيرة «التذكرة[2]» وتردّد في ذلك في «الشرائع[3] والتحرير[4]» وكذا «الدروس[5]» وفصّل المصنّف هنا فقال: إن أخذ الشفيع قبل تلف الثمن لم تبطل الشفعة ورجع البائع بقيمة الشقص، واستشكل فيما إذا تلف قبل أخذه. وكذلك ما في «جامع المقاصد[6]» ويأتي للمصنّف في الفصل الرابع الإشكال فيه أيضاً فيما إذا اعترف الشفيع بتلفه[7].

والأصحّ بقاء الشفعة في الشقّ الثاني أيضاً كما في «المختلف[8] والتحرير[9]» في موضع آخر منه و«الإيضاح[10] والحواشي[11] والمسالك[12] والروضة[13]» لأنّ البطلان كالتقايل طار على استحقاقها، لأنّه يحصل من حين التلف لا من أصله.

ووجه البطلان ينشأ من وجود المبطل قهراً وهو التلف، فعدمه شرط في صحّة البيع، وشرط السبب شرط في المسبّب ـ أي الشفعة ـ فعاد الأمر كما كان، أي عاد الشقص للشريك الأوّل، والضرر إنّما حصل بالشريك الحادث وقد زال.

والجواب يُعلم ممّا مرّ من أنّ عدم التلف قبل القبض شرط لبقاء صحّة البيع

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٢.
(٣) شرائع الإسلام: لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.
(٤ و٩) تحرير الأحكام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٢.
(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.
(٦) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٥.
(٧) يأتي في الفصل الرابع ص ٦٨٦ ـ ٦٨٧.
(٨) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٩.
(١٠) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٧.
(١١) لم نعثر عليه في مظانّه.
(١٢) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٣.
(١٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٠.

ولو ظهر العيب في الشقص، فإن كان المشتري والشفيع عالمَين فلا خيار لأحدهما،

والسبب في الشفعة حدوث البيع لا بقاؤه، فهو شرط بقاء صحّة السبب. ولا تغفل عن الحال في الضرر وإن قلنا إنّ تلف الثمن المعيّن قبل قبضه من مال البائع كما هو ظاهر العبارات في باب البيع. ومقتضى القواعد والخبر النبويّ لا إشكال في المقام، لكن كلامهم في الباب صريح أو كالصريح في أنّه من مال المشتري كالمبيع حيث يتلف قبل قبضه فإنّه من مال البائع قولاً واحداً وأنّ العقد ينفسخ من حينه، لكنّه يقدّر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما، وقد قلنا هناك إنّ ظاهرهم هنا الاتّفاق على أنّ تلف الثمن كذلك من مال المشتري. وكيف كان، فما في المسالك والروضة» من أنّ بعضهم قال: إن أخذ قبل تلف الثمن لم تبطل وإلّا بطلت، لم نجد القائل به منّا ولا من العامّة، وإلّا لذكره في التذكرة أو أشار إليه في المبسوط.

[فيما لو ظهر عيبٌ في شقص الثمن]

قوله: ﴿ولو ظهر العيب في الشقص، فإن كان المشتري والشفيع عالمَين فلا خيار لأحدهما﴾ كما في «المبسوط[١]» وغيره[٢]. ولا أرش كما هو ظاهر كما في «جامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]» وعليه نصّ في «التحرير[٥]».

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٥.
(٤) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٠.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.

وإن كانا جاهلَين، فإن ردّ الشفيع تخيّر المشتري بين الردّ والأرش، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، وهل له الأرش؟ قيل: لا، لأنّه استدرك ظلامته ويرجع (ورجع ـ خ ل) إليه جميع ثمنه وكان كالردّ.

قوله: ﴿وإن كانا جاهلَين، فإن ردّ الشفيع تخيّر المشتري بين الردّ والأرش، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ﴾ كما في «الشرائع[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» وهو قضية كلام «المبسوط[4] والتذكرة[5]». وتفصيل الكلام في ذلك أنّهما إن اتّفقا على ردّه أو أخذه بالأرش أو بدونه فلا بحث، وإن اختلفا في الإرادة فأراد الشفيع ردّه فالمشتري مخيّر بين الردّ والأرش، فإن اختار إبقاءه تخيّر بين أخذ أرشه وعدمه، وإن انعكس فأراد الشفيع أخذه دون المشتري قدّم الشفيع كما تقدّم ولم يكن للمشتري الفسخ.

قوله: ﴿وهل له الأرش؟ قيل: لا، لأنّه استدرك ظلامته ويرجع (ورجع ـ خ ل) إليه جميع ثمنه وكان كالردّ﴾ هذا القول للشيخ في «المبسوط[6]» في مسألة ما إذا كان الشفيع عالماً والمشتري جاهلاً، قال: ليس للمشتري أن يطالب بأرش العيب قولاً واحداً، والجماعة حكوا خلافه في المسألة مع أنّه لم يتعرّض فيها للأرش، لأنّ المسألتين من سنخٍ واحد، وما نسبوه إليه من

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفيّة الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.
(٣) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٥.
(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٠.
(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٦.

ويحتمل ثبوته، لأنّه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه، فحينئذٍ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره،

الاستدلال عليه بما في الكتاب لم يذكره في المبسوط أصلاً ولا في غيره، وإنّما هو لبعض الشافعية[1]. ومعناه أنّه كما لا يجمع بين الردّ والأرش فكذا لا يجمع بين أخذ الشفيع والأرش. ويشكل بمنع كون استرداد الثمن كالردّ، لانتقاضه بما إذا باع المشتري بأضعاف الثمن، وإنّما استدلّ الشيخ عليه بالإجماع كما سمعت، وستعرف وجهه.

قوله: ﴿ويحتمل ثبوته، لأنّه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه، فحينئذٍ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره﴾ هذا الاحتمال أوّل مَن ذكره منّا احتمالاً المحقّق في «الشرائع[2]» قال: لو قيل به كان حسناً. وقد احتمل أيضاً في «التحرير[3] والإيضاح[4]» من دون ترجيح كالكتاب. وقد فهم في «المسالك[5]» من عبارة الشرائع اختياره واختاره وفاقاً للمصنّف في «التذكرة[6]» والشهيد في «الدروس[7]» وصاحب «جامع المقاصد[8]» فيه مستندين إلى ما ذكره المصنّف وأنّ الواقع بين البائع والمشتري معاوضة مستقلّة مغايرة لما وقع بينه وبين الشفيع، فلا يجب قبول أخذ هذا العوض من الآخر، وحينئذٍ فله

---

(١) حكى عنهم العلّامة في التذكرة: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٠.
(٢) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.
(٤) إيضاح الفوائد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢ ص ٢١٧.
(٥) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢١.
(٧) الدروس الشرعية: في مسقطات الشفعة ج ٣ ص ٣٧٢.
(٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٦.

الرجوع على البائع بالأرش، فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لأنّ الثمن هو ما بقي بعد أخذ الأرش.

قلت: هذا مبنيّ على أنّ الشفيع ذومعاوضة جديدة، ولهذا كان الدرك ومؤنة المبيع على المشتري، ولو قلنا إنّه كالنائب عنه فكان كأنّ العقد وقع للشفيع تعيّن الاحتمال الأوّل. وكذا قال الشهيد في «حواشيه[1]» والحقّ أنّه إنّما ينزّل منزلته في قدر الثمن المستقرّ لا غير، والشيخ لم يبن ذلك على شيء من ذلك، والظاهر أنّه إنّما بناه على أمرٍ آخر، وهو أنّه لا ريب أنّ معرفة ما يستقرّ على المشتري من الثمن متوقّفة على معرفة الأرش المتوقّفة على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان يخلّ بالفورية، فإذا قلنا إنّ المشتري يرجع بالأرش كان أمر الشفيع دائراً بين أخذ فاسد، لأنّه لم يعرف الثمن، وقد تقدّم[2] لهم أنّه إذا جهله كان أخذه فاسداً ويحتاج بعد ذلك إلى عقد جديد وبين تأخير ينافي الفوريّة كما قالوه فيما إذا كان الثمن مؤجّلاً، فقد قال الأكثر[3]: إنّه ليس له الأخذ عند الأجل، لأنّه ينافي الفوريّة فيبطل لو أخّر، فوجب أن يسقط حقّ المشتري من الأرش كما أسقطوه من الردّ وقدّموا حقّ الشفيع عليه مع ما يلزمه من الدرك. فنظر الشيخ في دعوى الإجماع إلى هاتين المقدّمتين المسلّمتين عندهم، فكان قول الشيخ أشبه بأُصول الباب، مضافاً إلى الإجماع المحصّل له من السيرة أو المستنبط من قواعد الشفعة، وقوله «لا يسقط بزوال ملكه» لايكاد يكون له دخل في المقصود، لأنّ زوال الملك وعدمه لا يعلّل به أخذ الارش وعدمه، فليتأمّل.

---

(١) لم تعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٢) تقدّم في ص ٥٤٢ ـ ٥٤٤.

(٣) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: في الشفعة ص ٦٢٠ والشيخ في النهاية: في الشفعة ص ٤٢٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٠٧.

وكذا لو علم الشفيع خاصّة. ولو علم المشتري خاصّة فللشفيع ردّه وليس له الأرش.

قوله: ﴿وكذا لو علم الشفيع خاصّة﴾ أي لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق فيما إذا كانا جاهلَين واختار الشفيع الأخذ لا ردّ للشفيع لعلمه ولا للمشتري لحقّ الشفيع، وهل له الأرش؟ فيه القولان. وقد سمعت[١] أنّه قال في المبسوط ليس له أن يطالب بأرش العيب قولاً واحداً.

قوله: ﴿ولو علم المشتري خاصّة فللشفيع ردّه﴾ كما في «المبسوط[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» لوجود العيب مع كونه جاهلاً به.

قوله: ﴿وليس له الأرش﴾ لأنّه إنّما يأخذ بالثمن الّذي جرى عليه العقد، ولا أرش للمشتري لعلمه، فلا أرش للشفيع، لأنّ استحقاقه له فرع أخذ المشتري له. وقد ذكر في «جامع المقاصد» هنا فرعاً وهو ما إذا كان في المبيع غبن فاحش قال: لم يبعد القول باستحقاق الشفيع ردّه، أمّا المشتري فلا بحث في أنّ له ذلك[٨].

---

(١) تقدّم في ص ٦٦١.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٦.
(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.
(٤) تذكرة الفقهاء: في المأخوذ منه الشفعة ج ١٢ ص ٢٢٠.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٦.
(٦ و٨) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٧.
(٧) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٥٢.

ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كلّ عيب، فإن علم الشفيع بالشرط فكالمشتري، وإلّا فله الردّ.

الفصل الرابع: في مسقطات الشفعة

وتسقط بكلّ ما يعدّ تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي،

قوله: ﴿ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كلّ عيب، فإن علم الشفيع بالشرط فكالمشتري، وإلّا فله الردّ﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]». أمّا الأوّل فلأنّه إذا علم بالشرط ثمّ أخذ فقد رضي به. واحتمل في «جامع المقاصد» أن لا يلزمه حكم الشرط، فإذا وجد عيباً ردّ به، قال: ويبعد بأنّه إنّما يأخذ بالبيع الّذي وقع من المشتري. وأمّا الثاني فللعيب مع كونه جاهلاً. وقال في «جامع المقاصد»: الظاهر أنّ المراد جواز الردّ وإن لم يظهر عيب، لأنّ الشرط المذكور في حكم العيب. قلت: لكنّه لا يكاد يظهر من عبارة التحرير لأنّه قال: وإلّا فحكمه كما لو علم المشتري دون الشفيع.

﴿الفصل الرابع: في مسقطات الشفعة﴾

[حكم الشفعة إذا قصّر الشفيع في الأخذ]

قوله: ﴿وتسقط بكلّ ما يعدّ تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي﴾ أشار بذلك إلى خلاف مَن قال: إنّ الشفعة ليست على الفور. وقد تقدّم

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٧.

(٢) جامع المقاصد: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٦ ص ٤٣٧.

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب،

الكلام[1] فيه مسبغاً. ولعلّه أراد بالتقصير ما يعدّ تقصيراً في العادة كعدم التوكيل عند المرض والحبس، وبالتواني ما كان توانياً في الطلب كأن يشتغل عنه بما لا يعنيه.

قوله: ﴿فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب﴾ بمعنى أنّه يمضي إلى المشتري على الفور، فإن أخّر الطلب مع عدم العذر بطلت شفعته كما تقدّم الكلام[2] فيه. وقد تقدّم[3] أنّه قال في «التذكرة»: إنّه لا يشترط في تملّك الشفيع الشفعة حكم الحاكم ولا حضور الثمن ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا، كما تقدّم[4] عن «جامع المقاصد» أنّه إنّما يملك مع حضور المشتري وأنّ الطلب لا يعتدّ به إلّا مع حضوره وأنّ القوم مطبقون على وجوب السعي إلى المشتري، فالقائلون بالفورية جعلوه على الفور، وقد جمعنا بين الكلامين فيما تقدّم بأنّه إذا أراد الأخذ من المشتري والتملّك منه فليمض إليه، وإلّا فلا، وقلنا: إنّه ليس بشيء كالفرق بين الطلب والتملّك، إذ الظاهر أنّهما بمعنى كما تقدّم غير مرّة، إلّا أن تفرّق هنا بأنّ التملّك لا يشترط فيه حضور المشتري، بل له أن يقول لمّا يبلغه الخبر ويعرف الثمن أخذت بالشفعة، ولكن لابدّ له من الذهاب إليه فوراً ليدفع له الثمن، لأنّ دفعه واجب فوراً أيضاً وبه يتمّ الملك إلّا أن يرضى ببقائه في ذمّته أو يدّعي غَيبته وهو في المصر أو أنّه يريد أن يحمله من بلدٍ آخر، وكذا إذا بلغه الخبر ولم يعرف مقدار الثمن لابدّ من المضيّ إليه ليعرف مقداره لئلّا يكون أخذه وتملّكه فاسداً، فالمضي

---

(١) تقدّم في ص ٤٦٥ ــ ٤٦٩. (٢) تقدّم في ص ٥٤٩ ــ ٥٦٨.

(٣) نسبة النقل المتقدّم إلى التذكرة اشتباه وإنّما نقله هناك عن التحرير وجامع المقاصد والمسالك وإنّما الّذي نقله هناك عن التذكرة هو أنّ الفسخ للحاكم، فراجع ص ٤٦٥.

(٤) تقدّم في ص ٥٦١.

فإن منع بمرضٍ أو حبسٍ في باطلٍ فليوكّل إن لم يكن فيه مؤنة ومنّة ثقيلة فإن لم يجد فليُشهد، فإن تركَ الإشهاد فالأقرب عدم البطلان،

إليه على الفور الّذي هو غير التملّك لابدّ منه، وقد تأمّلنا في إجماع «جامع المقاصد» فيما سبق، فليتأمّل في ذلك كلّه، وليلحظ ما تقدّم[1].

[حكم الشفعة إذا منع الشفيع بمانع]

قوله: ﴿فإن منع بمرضٍ أو حبسٍ في باطلٍ فليوكّل إن لم يكن فيه مؤنة ومنّة ثقيلة﴾ قد تقدّم أنّه يستفاد من كلامهم هذا وغيره أنّه لا يكفي التوكيل في غير المعذور ولو كان الشفيع أجلّ جليل، وقد تقدّم الكلام فيه في أوائل الفصل الثالث[2]. ولا يفرّق في المرض بين أن يكون عارضاً له أو لمن لايستطيع مفارقته. ومثل الحبس في الباطل الحبس في الدّين مع العجز، وكذلك الغائب كما تقدّم بيان ذلك[3]. وليس ببعيد أن تجعل ثقيلة صفة لكلّ من المؤنة والمنّة على طريق البدل فلا أثر للمنّة القليلة عرفاً، وكذلك المنّة اليسيرة، فإن أخلّ بذلك مع الإمكان بطلت شفعته كما في «جامع المقاصد[4]» وعلى التقديرين هو خلاف ما اختاره في «التذكرة[5]» من أنّه إذا أخّر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعته. وحكي التقييد بعدم لحوق المنّة والمؤنة عن الشافعي في أحد أقواله.

قوله: ﴿فإن لم يجد فليُشهد، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان﴾ أي فإن لم يجد إلى التوكيل سبيلاً فينبغي الإشهاد، فإن ترك ففي

---

(١) تقدّم نقل إجماعه وتأمّله فيه في ص ٥٦٢ ـ ٥٦٣.

(٢) تقدّم في ص ٥٦٤ ـ ٥٦٥.

(٣) تقدّم في ص ٥٥٩ ـ ٥٦٤.

(٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٣٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٨.

فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهادة عدلين فقال: لم أُصدّق بطلت شفعته، ويُقبل عذره لو أخبره صبيّ أو فاسق

البطلان قولان، تقدّم الكلام فيهما مسبغاً في أوائل الفصل الثالث[1].

قوله: ﴿فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهادة عدلين فقال: لم أُصدّق بطلت شفعته﴾ كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» ولم يذكر التواتر في «التحرير[7] والدروس[8]» لوضوحه وإنّما ذكر فيهما شهادة العدلين، وزيد في الأخير و«التذكرة[9]» إخبار المعصومعليه‌السلام، والوجه في الجميع ظاهر، لأنّ عدم تصديقه حينئذٍ مكابرة إلّا أن يكون قريب عهد بالإسلام فقال: لا أعرف حال المعصومعليه‌السلام ولا أعرف أنّ شهادة العدلين تورث اليقين شرعاً فإنّه يمكن القبول. ومثل العدلين الرجل العدل والامرأتان.

قوله: ﴿ويُقبل عذره لو أخبره صبيّ أو فاسق﴾ كما في «المبسوط[10] والشرائع[11] والتذكرة[12] والتحرير[13] وجامع المقاصد[14] والمسالك[15]» وقضية كلام «المبسوط» أنّه لا خلاف في ذلك، لأنّه إنّما حكاه في العدل كما ستعرف[16]، لأنّه لا يثمر خبر أحد هذين اليقين عقلاً ولا شرعاً. وهو قضية كلام «الدروس[17]»

---

(١) تقدّم في ص ٥٦٤ ـ ٥٦٦.

(٢ و١٠) المبسوط: في مسقطات الشفعة ج ٣ ص ١٤١.

(٣ و١١) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٤ و٩ و١٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٥ و٣١٦.

(٥ و١٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٣٩.

(٦ و١٥) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٣.

(٧ و١٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢.

(٨ و١٧) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٥.

(١٦) سيأتي في الصفحة الآتية.

أو عدلٌ واحد.

حيث قال: فلو أخبره مخبر لا يعمل بقوله فهو عذر. قلت: فتدخل المرأة الواحدة مطلقاً والرجل الغير العدل، بل والجماعة الّذين ليسوا بعدول إن لم يبلغوا حدّ الاستفاضة. فلو حصل بهم الاستفاضة وأفادت الظنّ المتاخم للعلم ولم يصدّقهم ففي «المسالك[1]» في بطلانها وجهان مبنيّان على أنّ مثل هذا الحقّ هل يثبت بالاستفاضة أم لا؟ وأثبته بها في «الروضة[2]» من دون توقّف. ولعلّه ظنّ أنّ الاستفاضة المتاخمة للعلم علمٌ عرفاً، والشارع لا يطلب أكثر من ذلك، وإنّما الخلاف فيما إذا أفادت الظنّ الراجح في النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق والرقّ والولاية والولادة لكثرة الاستفاضة فيها وعسر إقامة البيّنة عليها غالباً، وليس كذلك فإنّ الخلاف واقع في أنّه يشترط في الاستفاضة في هذه الاُمور العلم أو يكتفى فيها بالظنّ المتاخم له أو الراجح مطلقاً، وقد رجّحنا في بابه الاكتفاء في هذه بالظنّ الراجح خصوصاً الوقف والنكاح، إذ لو اشترط العلم لم تختصّ بهذه الاُمور ولا نكتفي بها في غيرها. وتمام الكلام في محلّه.

قوله: ﴿أو عدلٌ واحد﴾ قال في «المبسوط[3]»: وإن أخبره بذلك شاهد عدل قيل فيه وجهان: أحدهما يقبل قوله لأنّ الشاهد الواحد ليس بحجّة عند قوم، والثاني لا يقبل قوله لأنّه حجّة مع يمين المدّعي، والأوّل أقوى، انتهى. وما قوّاه خيرة «الشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والمسالك[7]» وجعله في «الروضة[8]»

(١ و٧) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٣.

(٢ و٨) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤١. (٤) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٦.

(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢.

ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً، لأنّ العلم قد يحصل بالواحد للقرائن.

ولو أسقط حقّه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط،

وجهاً. واكتفى به في «الدروس[1]» مع القرينة.

قوله: ﴿ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً، لأنّ العلم قد يحصل بالواحد للقرائن﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» ويعلم تصديقه باعترافه، لعدم إمكان الاطّلاع عليه إلّا من قبله.

[حكم ما لو أسقط الشفيع حقّه قبل البيع]

قوله: ﴿ولو أسقط حقّه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط﴾ قد اختلف الأصحاب في مسائل هل هي مسقطة للشفعة أم لا؟ سواء قلنا إنّها على الفور أو التراخي:

الاُولى: أن ينزل عن الشفعة قبل البيع بمعنى أنّه يتركها ويعفو عنها، وفي سقوطها حينئذٍ قولان، الأوّل: عدم السقوط كما هو خيرة أبي عليّ فيما حكي[7] من

(١ و٤) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣١٧.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢.

(٥) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٠.

(٦) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٧) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٠.

كلامه و«المبسوط[١] والسرائر[٢] والنافع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والتبصرة[٦] والإيضاح[٧] والتنقيح[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] والكفاية[١١] والمفاتيح[١٢]» وهو ظاهر «الحواشي[١٣]». وفي «التنقيح[١٤]» أنّ عليه الفتوى. الثاني: السقوط كما هو خيرة «الإرشاد[١٥]» وظاهر «مجمع البرهان[١٦]» وكذا «غاية المراد[١٧]» وتردّد في «الشرائع[١٨]» وهو ظاهر «الدروس[١٩]» حيث لا ترجيح فيه، لكنّه قد يلوح منه الميل إلى السقوط، وقد نسب فيه التردّد إلى «المختلف[٢٠]» لأنّه قال فيه ـ بعد أن اختار قول ابن إدريس ـ: في قول الشيخين قوّة.

وفي «المقنعة[٢١] والنهاية[٢٢] والوسيلة[٢٣] وجامع الشرائع[٢٤]» أنّه متى عرض

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤١ ـ ١٤٢.
(٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣. (٣) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(٦) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨. (٧) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٨.
(٨ و ١٤) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٣.
(٩) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٠.
(١٠) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦١.
(١١) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ٣ ص ٨٠.
(١٣) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٦ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(١٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٤.
(١٧) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.
(١٨) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(١٩) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(٢٠) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠. (٢١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩.
(٢٢) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٥. (٢٣) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.
(٢٤) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.

البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يردّه فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقلّ من الّذي عرض عليه كان له المطالبة بها. هذه عبارة «النهاية» والبقية بمعناها، فإن كان هذا الإباء وعدم الإرادة بعد العرض بمعنى النزول عن الشفعة والترك والعفو كما هو ظاهر السرائر وغيرها كان هؤلاء الأربعة مخالفين أيضاً، ولكن قد يلوح من «الدروس وغاية المراد» أنّهما مسألتان، قال في «غاية المراد»: إنّ بطلانها بالنزول عن الشفعة قبل البيع يلوح من كلام الشيخين[1]. وكيف كان، فالخلاف منهم متحقّق، وإن كان الحضور مع السكوت وعدم الإنكار بمعنى النزول وليس شيئاً ممّا يأتي من المسائل الاُخر كأنّ السقوط مذهب ابني بابويه أيضاً على ما حكاه «كاشف الرموز» حيث قال: والوجه السقوط، لأنّ الشفعة لدفع الضرر، فالحضور مع السكوت يدلّ على الرضا، والمباركة قلّ ما تقع إلّا عن التراضي، وهو اختيار الشيخين وابني بابويه وأتباعهم، انتهى[2]. ويكون هو أيضاً قائلاً بالسقوط، لكن قد يكون على هذا عدم السقوط ظاهر «الانتصار» ويكون ظاهره الإجماع عليه، لأنّه قال: ممّا ظنّ انفراد الإمامية به أنّ حقّ الشفيع لا يسقط إلّا أن يصرّح الشفيع بإسقاط حقّه، ثمّ أخذ في نقل مذاهب العامّة ـ إلى أن قال: ـ وقال الشافعي والشعبي: مَن بيعت شفعته وهو شاهد لم ينكر فلا شفعة له، والّذي يدلّ على صحّة مذهبنا الإجماع المتكرّر[3]. وإجماعه هذا يمكن أن يدّعى أنّه مسوق للردّ على الشافعي والشعبي كغيرهما، وأن يدّعى أنّه إنّما سيق لأوّل كلامه وأنّها ليست على الفور وأنّها لا تسقط بالتراخي وإنّما تسقط بالتصريح. وهذا هو الظاهر، بل لا نظر

(١) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٢) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٣) الانتصار: في الشفعة ص ٤٥٤ ـ ٤٥٦ مسألة ٢٥٩.

له إلى غير ذلك، بل قد يقال: إنّه إذا نزل عنها وعفا وترك يكون قد صرّح، فتأمّل، على أنّ أحداً لم ينسب إليه أحداً من القولين، ولو كان في كلامه إلمام بذلك لذكروه خصوصاً الشهيد. ثمّ إنّه إذا كان السقوط مذهب الصدوقين أيضاً لم يبق في معقد إجماعه إلّا أبو عليّ من أصحاب الفتاوى المتقدّمين عليه. وكيف كان، فالظاهر من الإباء وعدم الإرادة في كلام الشيخين ومَن وافقهما الترك للشفعة والنزول عنها إلى غير ذلك ممّا يأتي من المسائل. قال أهل اللغة[1]: ونزلت عن الحقّ تركته فيكثر القائلون بالسقوط حيث ينزل عنها ويترك قبل البيع من المتقدّمين والمتأخّرين، وإن صحّ ما حكاه في «كشف الرموز» عن الشيخين والصدوقين وأتباعهم دخل الراوندي والقاضيان والحلبيّان والكيدري والكراجكي.

ولهم عن ذلك أدلّة:

الأوّل: الأصل، ولا قاطع له من إطلاقات أخبار الباب، إذ رجوعها إلى العموم مشروط بتساوي الأفراد من التبادر وعدمه في جميع الحالات، ولا يتبادر ما أسقط فيه الشفعة من إطلاق مادلّ على ثبوتها من غير شكّ حتّى مرسل يونس. فكان الشأن فيما نحن فيه كالشأن في إجازة الورثة الوصية بما زاد على الثلث، وهو محلّ وفاق صالح للتأييد. هذا كلّه بعد تسليم أنّ الإطلاقات مسوقة لبيان عموم الشفعة.

الثاني: أنّ الشفعة إنّما شرّعت لإزالة الضرر، وبه طفحت عباراتهم في مسائل الباب من غير نكير لمكان العلّة الموما إليها في خبر عقبة، وبه عمل المعظم في سقوطها في العضائد الضيّقة والحمّامات ونحوها، وقد أوضحنا[2] ذلك وأقمنا عليه البراهين الواضحة، وقلنا: لولا ذلك ما صحّ له الأخذ منه قهراً، لأنّه كان الواجب

---

(١) كالمصباح المنير: ص ٦٠١ مادّة «نزل» والنهاية لابن الأثير: ج ٥ ص ٤٣ مادّة «نزل».
(٢) تقدّم في ص ٤٣٣ ـ ٤٣٧.

عليه العرض عليه ليخلص من ذلك، وبيّنّا[1] وهم مَن أنكر ذلك كشيخنا صاحب «الرياض» ومَن ظهر منه ذلك كعَلَم الهدى، والضرر معدوم هنا فإنّه قد عرضه عليه وامتنع ونزل عن الشفعة، وذلك يدلّ على أنّه لا ضرر عليه وإن كان فإنّه هو الّذي أدخله على نفسه كما لو أخّر المطالبة.

الثالث: الخبر المروي في «السرائر[2]» على عين عبارة النهاية إلّا قوله في «النهاية[3]»: وإن باع بأقلّ ... إلى آخره، فليس مرويّاً في الخبر، والمرويّ في «التذكرة» بمتنٍ آخر ستسمعه. وفي «غاية المراد[4] والتنقيح[5] والدروس[6] والمهذّب البارع[7] ومجمع البرهان[8]» وغيره[9] بمتنٍ آخر. ولم ينسب في أحد هذه إلى العامّة بل ظاهرهم جميعاً حتّى المقدّس الأردبيلي ثبوته، وغايته أنّه مرسل، ولم نقف على رادّ له وقائل بأنّه عامّي قبل صاحب «الحدائق[10]» وتبعه شيخنا صاحب «الرياض[11]» وعلى تقدير كونه عامّياً وما كان ليكون لأنّه رواه في «السرائر» يكفي للعمل به رواية هؤلاء له وعمل خمسة من القدماء به وجماعة من المتأخّرين. نعم لابن إدريس ردّه على أصله، ويعضده فتوى «المقنعة والنهاية والوسيلة» به، وهي متون أخبار. وعلى كلّ حال فنحن لا مانع لنا عن العمل به بعد

---

(١) تقدّم في ص ٤٣٣ ـ ٤٣٧.

(٢) انظر السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٣) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٥.

(٤) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٧.

(٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٣.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٩.

(٧) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٦.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٥.

(٩ و١١) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٥.

(١٠) الحدائق الناضرة: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢٠ ص ٣٣٣.

اعتضاده بالدليلين الأوّلين. وفتوى مَن عرفت به ورواية الجماعة له من دون نسبته إلى العامّة، على أنّهم لو نسبوه إليهم لا يمنعنا ذلك كما عرفت.

والخبر رواه في «التذكرة» عن جابر عن النبيّ صلى الله عليه وآله: الشفعة في كلّ شركة بأرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتّى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع[1]، قال: فقد أجاز تركه[2]. قلت: والمراد بالأخذ الشراء لا الأخذ بالشفعة. وقد رواه الشهيد ومَن ذكر بعده أنّه قال صلى الله عليه وآله: لا يحلّ أن يبيع حتّى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحقّ به[3]. قالوا[4]: علّق الاستحقاق على عدم الاستئذان فلا يثبت معه، والنزول إمّا بعد الاستئذان فظاهر سقوط الشفعة، وإمّا قبله فكذلك، إذ لا يبقى للاستئذان معنىً معقول، ولا نسلّم أنّ ذلك من باب الإسقاط فيتوقّف ذلك على تحقّق الاستحقاق كالدَين. ومرادهم أنّه من باب الإرفاق، وقد شرّع لمعنى، فيزول بزوال ذلك المعنى. وحاصل الاستدلال: أنّه دالّ على السقوط بمفهوم الشرط وأنّ الاستئذان بمعنى العرض عليه ليشتري أو يدع بقرينة خبر التذكرة وأنّ الإذن الثاني في المنطوق والمفهوم بمعنى النزول وإن كان بمعناه المعروف دلّ بالأولويّة.

واستدلّ في «مجمع البرهان» على السقوط بأنّه وعد والأدلّة على وجوب الوفاء به كثيرة. قال: ولولا خوف خرق الإجماع لمكان القول بوجوب الإبقاء متوجّهاً فالقول به هنا غير بعيد، لعدم الإجماع على خلافه، انتهى[5].

---

(١) راجع صحيح مسلم: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٢٩ ح ١٣٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٧.

(٣) مستدرك الوسائل: ب ١٠ من أبواب الشفعة ح ١٤ ج ١٧ ص ١٠٨، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٤.

(٤) كالشهيد في غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٧، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٣، وأبي العبّاس في المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٤.

والصغرى والكبرى ممنوعتان قطعاً.

ولا حجّة للسرائر وما وافقها إلّا العمومات وقد عرفت[١] حالها وأنّه إسقاط حقّ قبل ثبوته، وقد عرفت[٢] أنّه ليس من الإسقاط في شيء. وأطرف شيء ما في «الرياض[٣]» من الاستدلال على عدم السقوط بإجماع «الانتصار» وأنّه هو الحجّة، وقد عرفت[٤] الحال في ذلك وأنّه شكّ في شكّ، فكيف تترك له تلك الأدلّة؟ وأطرف منه ما في «التنقيح[٥]» من أنّ عليه الفتوى، مع أنّه لا فتوى في «الشرائع[٦] والمختلف[٧] والدروس[٨] وغاية المراد[٩]» مع الميل في الأخيرين إلى السقوط وفتوى الإرشاد[١٠] بخلاف ذلك، هذا مع الغضّ عن فتاوى المتقدّمين.

المسألة الثانية: أن يأذن للمشتري في الشراء أو للبائع في البيع، ففي «الكتاب والمبسوط[١١] والتذكرة[١٢] والتحرير[١٣]» في موضع منه و«الإيضاح[١٤] والتنقيح[١٥]

(١ و٢) تقدّم في ص ٦٧٢ ـ ٦٧٣.
(٣) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٥.
(٤) تقدّم في ص ٦٧٢ ـ ٦٧٥.
(٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٣.
(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٠.
(٨) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٩.
(٩) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٧.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٦ و٣٢٧.
(١٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(١٤) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٨.
(١٥) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٤.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والكفاية[٣] والمفاتيح[٤] وظاهر «الحواشي[٥]» أنّها لاتسقط. وفي «النافع[٦]» أنّ الأشبه السقوط، وحكاه[٧] أبو العبّاس عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد، ولعلّه لأنّ الإباء وعدم الإرادة في معنى الإذن. وتردّد في «الشرائع[٨] والإرشاد[٩]» وموضع آخر من «التحرير[١٠]» ولا ترجيح في «الدروس[١١] وغاية المراد[١٢] والمقتصر[١٣]». وقال في «الرياض»: لم أفهم فرق النافع بين الحكم بعدم البطلان في المسألة الأُولى والحكم به ـ أي البطلان هنا ـ قال: ولم أرَ مَن قال به ـ أي الفرق ـ بل أطلق أرباب القولين الحكم في هذه المواضع كلّها وأراد ما لو أسقط أو بارك أو شهد أو أذن، قال: عدا الفاضل في الإرشاد، ووجهه غير واضح، انتهى[١٤].

قلت: وقد عرفت أنت الفارقين هنا وستعرفهم في المسألتين الأخيرتين. ووجه ما في «الإرشاد» أنّ الإذن قد يكون تمهيداً للأخذ بالشفعة ووجه فرق النافع النظر في الإذن إلى مفهوم الخبر، والحقّ السقوط عملاً بالأصل والخبر وأنّه حينئذٍ لا ضرر.

(١) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٠ و٤٤٢.
(٢) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٢.
(٣) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.
(٤) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ١ ص ٨٠.
(٥) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٦) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٧) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٧.
(٨) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(١٠) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(١١) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(١٢) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.
(١٣) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٨.
(١٤) رياض المسائل: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٧.

الثالثة: أن يشهد على البيع بمعنى أنّه يسكت ولم ينكر، ففي «المقنعة[١] والنهاية[٢] والوسيلة[٣] وجامع الشرائع[٤] والنافع[٥] وكشف الرموز[٦]» أنّها تسقط. وحكاه في الأخير عن الصدوقين. وحكاه في «جامع المقاصد[٧]» عن ابن البرّاج، ولعلّه في «الكامل» إذ لم نجده في «المهذّب» لكنّه لم يحكه في المختلف ولا الشهيد، ولعلّه سها القلم أراد أن يثبت ابن حمزة فسها وأثبت ابن البرّاج. وكيف كان، فلم يبيّنوا لنا المستند، ولعلّه ما ذكره كاشف الرموز ونبّه عليه المختلف[٨]، وقد يكون لحظوا مناط الفورية، لأنّها ومسألة المباركة عندهم من سنخ واحدٍ، فليتأمّل. وفي «السرائر[٩] والتذكرة[١٠] والتنقيح[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] ومجمع البرهان[١٤] والكفاية[١٥] والمفاتيح[١٦]» أنّها لا تسقط. وفصّل في «المختلف[١٧]» بوجود الأمارة على الرضا وعدم وجودهم وهو قول بالعدم. وقد تردّد في

---

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٨.

(٢) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٤.

(٣) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨.

(٤) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.

(٥) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.

(٦) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٧ و١٢) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤١.

(٨ و١٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥١ و٣٦٠.

(٩) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٧.

(١١) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٤.

(١٣) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٥ ـ ٤٦.

(١٥) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.

(١٦) مفاتيح الشرائع: في عدم سقوط الشفعة بتقايل المتبايعين ج ٣ ص ٨٠.

وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع،

«الشرائع[١] والتحرير[٢] والإرشاد[٣] والتبصرة[٤]» وكذا «الدروس[٥] وغاية المراد[٦] والمقتصر[٧]» وقد سمعت[٨] ما في «الانتصار» وما فهم منه صاحب «الرياض» وقد فرّقوا هنا أيضاً بين المواضع المذكورة.

الرابعة: أن يبارك لهما أو لأحدهما، والحال فيها كالمسألة الثالثة، فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا، ومَن قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم والمتردّد هناك تردّد هنا، وتزيد هذه أنّ الشيخ في «المبسوط[٩]» قال هنا بعدم السقوط. وفي «التنقيح[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢]» أنّها ـ أي المباركة ـ إن نافت الفورية أسقطت وإلّا فلا، فلعلّ المبادرة إلى الأخذ من دون الكلام مستهجنة فلا منافاة.

قوله: ﴿وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع﴾ قد تقدّم الكلام في أوائل الفصل الثاني[١٣].

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٤) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(٦) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.
(٧) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٨.
(٨) تقدّم في ص ٦٧٤ و٦٧٧.
(٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤١ ـ ١٤٢.
(١٠) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٤.
(١١) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤١ ـ ٤٤٢.
(١٢) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٢.
(١٣) تقدّم في ص ٤٧٢ ـ ٤٧٥.

أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في الشراء، أو ضمن العُهدة للمشتري،

قوله: ﴿أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في الشراء﴾ قد تقدّم الكلام في ذلك كلّه آنفاً مستوفى.

[حكم الشفعة إذا ضمن الشفيع للمشتري أو البائع]

قوله: ﴿أو ضمن العُهدة للمشتري﴾ أي لو ضمن عهدة الشقص للمشتري وكذا عهدة الثمن للبائع في نفس العقد فإنّ شفعته لا تبطل كما هو خيرة «الخلاف[1]» فيهما و«المبسوط[2]» وكذا «السرائر» على ما حكي عنها في «المختلف[3]» ولم نجد ذلك في السرائر. واستشكل في «التحرير[4] والإرشاد[5]». وفي «الدروس[6]» أنّه يمكن بقاؤه لأنّه تقرير للسبب وليس بأبلغ من النزول. وفي «المختلف[7]» أنّ الأقوى البطلان فيهما، لأنّه دالّ على الرضا بالبيع. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ إن نافى الطلب على الفور أبطل وإلّا فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ، انتهى[8] فتأمّل، لأنّا نقول: إن كان ينافي الفورية بطلت، وإلّا فلا إلّا مع القرائن الّتي يُفهم منها عادةً وعرفاً عدم إرادة الشفعة.

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٧ مسألة ٢٥.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.
(٣ و٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٢.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٩.
(٨) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٢.

أو شرطا له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم.

[في عدم بطلان الشفعة بإمضاء الشفيع العقد]

قوله: ﴿أو شرطا له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم﴾ كما في «التذكرة[1]» ومعناه أنّه لو شرط للشفيع الخيار فاختار الإمضاء فإنّ الأقرب عدم السقوط إن قلنا بأنّ الشفعة إنّما تثبت مع لزوم العقد، لأنّ الإمضاء حينئذٍ تمهيد لسبب الأخذ، لأنّ سبب الشفعة اللزوم واختيار السبب لا ينافي طلب المسبّب ـ أي الشفعة ـ بل إذا كان السبب من فعل مَن يطلب وموقوفاً عليه فلابدّ من إرادة السبب وإيجاده حتّى يثبت المسبّب، ولأنّ ذلك كالإسقاط قبل الثبوت، ولأنّ استحقاق الشفعة متأخّر عن لزوم البيع فإجازته قبل اللزوم كإذنه في البيع. ويحتمل ضعيفاً السقوط لدلالته على الرضا، لأنّ اختياره من تتمّة العقد إن أبطلنا شفعة الوكيل في البيع أو الشراء. وإن قلنا بأنّ الشفعة إنّما تتوقّف على صحّة البيع فقط لزمنا القول بالسقوط، لأنّ إجازة البيع بعده إسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول كما في «الإيضاح[2]» ولأنّه قد أخّرها اختياراً فيحصل التراخي المنافي للفور. وفي «الحواشي[3]» أنّه يشكل بالفرق بينه وبين المباركة. وقد أطلق في «الخلاف[4] والمبسوط[5]» عدم السقوط. وفي «الدروس[6]» أنّه أقرب. وحكى في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨.

(٢) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٩.

(٣) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص٩٦س٤ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٧ مسألة ٢٥.

(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

«الإيضاح[1]» عن «الخلاف» أنّها تسقط، والموجود فيه: إذا تبايعا بشرط الخيار للشفيع فإنّه يصحّ كشرط الأجنبيّ ولاتسقط شفعته[2]. وهي عين عبارة «المبسوط».

وكيف كان، فعلى المختار من أنّ الشفعة إنّما تتوقّف على صحّة البيع لعموم النصّ كما تقدّم يكون الإمضاء قبل الأخذ مسقطاً لها، فإذا أراد عدم السقوط فليأخذ أوّلاً ثمّ ليمض البيع.

وقال في «الإيضاح» بقي علينا أن نبيّن أنّ الشفعة هل هي مترتّبة على اللزوم أو على العقد؟ يحتمل الأوّل من حيث إنّها معلولة للبيع فيتوقّف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع ومجرّده موجب للشفعة لعموم النصّ والتحقيق أنّ إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم، انتهى[3].

قلت: الظاهر أنّه شرط السبب ـ أي البيع ـ فهو شرط لبقاء صحّته ودوامه كما قلناه[4] فيما إذا تلف الثمن قبل قبضه حرفاً فحرفاً فليلحظ، لأنّه هو المتيقّن، وكونه شرطاً للحكم ـ أعني الشفعة ـ مشكوك فيه، والعمومات والأصل ينفيانه، أمّا الأوّل فظاهر، وأمّا الثاني فلأنّ الشفعة ليست عبادة، ويحتمل أن يكون المراد أنّه شرط في سببيّة البيع وانتفاء الحكمة لا تخلّ بسببيّته. ولا يخفى ما في الوجه الأوّل من وجهي الإيضاح، لأنّ الأقسام أربعة، وشرط السبب ما يخلّ عدمه بحكمة السبب، وحينئذٍ فإن أخذه قبل فسخ البيع ثبتت الشفعة، لأنّ مجرّد وجود البيع صحيحاً سبب في الشفعة وإن أخذه بعده فكذلك لذلك كما هو الشأن في الإقالة وتلف الثمن المعيّن قبل القبض إلّا أن ينافي الفورية فيما نحن فيه، وشرط الحكم ما اقتضى

---

(١) لم نجد في الإيضاح حكاية السقوط عن الخلاف، بل ولا عثرنا فيه في المقام على ذكرٍ عن الخلاف وإنّما حكى عن المبسوط القول بعدم السقوط، فراجع الإيضاح: ج ٢ ص ٢١٩.

(٢) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٤٧ مسألة ٢٥.

(٣) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢١٩.

(٤) تقدّم في ص ٦٥٨ ـ ٦٦٠.

ولو جهلا قدر الثمن

عدمه نقيض حكمة المسبّب، وقضيّته على تقدير تسليم أنّه شرط له أنّه لابدّ من لزوم البيع، لأنّ عدم الإمضاء وهو الفسخ مع الأخذ بالشفعة قبله يقتضي نقيض حكمة الشفعة، إذ حكمتها والمصلحة فيها إزالة الضرر، فالأخذ بها مع عدم الضرر منافٍ لحكمتها. ولك أن تقول: إنّ مراده في «الإيضاح» إن كان الإمضاء شرطاً لكونه سبباً كان لزومها متوقّفاً على لزومه، لأنّها حينئذٍ إذ ثبتت لزمت، وإن كان الإمضاء شرطاً للحكم أي ثبوت الشفعة ولزومها كان مجرّد وقوعه موجباً لثبوتها سواء قلنا بأنّه حينئذٍ تكون لازمة وتسقط خياره كما هو خيرة المتقدّمين أو تسقط بعدم الإمضاء كما هو رأي المصنّف ومَن تأخّر عنه كما تقدّم[1]. وهذا يحتاج إلى تجشّم شديد ومسامحات كثيرة في التعبير لتحصيله مع أنّه يرجع بالأخرة إلى أنّ إمضاء البيع هل هو شرط للزومها أو شرط للزومها؟ لأنّه إذا كان شرطاً لسببية السبب رجع بالأخرة إلى كونه شرطاً للزومها، فليلحظ فإنّه دقيق، وإن أبقينا كلام الإيضاح على ظاهره حتّى يكون المعنى: هل الإمضاء شرط لسببية البيع لها حتّى لا يثبت بدونه؟ كان هو معنى قولنا هو شرط لثبوتها، فليلحظ ذلك وليتأمّل فيه، وقد عرفت[2] أنّ الأصل وعمومات النصّ تقضي بخلافه، وتخصّص العموم المستفاد من العلّة، لأنّها أقوى منه من وجوه، فتأمّل.

[في بطلان الشفعة فيما لو جهل قدر الثمن]

قوله: ﴿ولو جهلا قدر الثمن﴾ أي لو جهل كلّ من المشتري والشفيع قدر

---

(١) تقدّم ما يتعلّق به في ص ٦٨١، وقد تقدّم الكلام أيضاً فيما يتعلّق بذلك في ص٤٤٦ـ٤٥١، فراجع.
(٢) تقدّم في ص ٦٨٢.

الثمن فإنّ الشفعة تبطل لفقد الشرط الّذي هو تسليم الثمن المعيّن، لأنّ الشفيع إنّما يأخذ بالثمن الّذي وقع عليه العقد ولا يملك ولا يتمّ ملكه إلّا بتسليمه، فكان العلم بكمّيّته شرطاً. وإنّما أرجعنا الضمير إلى المشتري والشفيع لأنّ المعاملة الثانية واقعة بينهما، ويتحقّق ذلك مع تصادقهما على الجهالة، ولا كذلك البائع والمشتري وإن أمكن ذلك على بعض الوجوه. ويتصوّر ذلك فيما إذا اشتراه الوكيل ومات وفيما إذا قال المشتري نسيته وحلف.

وكيف كان، فالحكم بالبطلان حين جهل المشتري والشفيع قدر الثمن خيرة «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والدروس[4] والحواشي[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» وقضية إطلاقهم أنّه لا فرق بين أن يدفع قدراً يعلم اشتمال الثمن عليه ويتبرّع بالزائد إن اتّفق أو عدمه مع احتمال الاكتفاء بذلك لصدق تسليم الثمن وزيادة، لكنّه لم يذكر ذلك غير صاحب «المسالك[8]» ولعلّه لعدم معرفة الأرش على تقدير العيب وعدم إمكان الرجوع إلى الثمن على تقدير ظهور المبيع مستحقّاً كما تقدّم[9]، كما أنّ قضية تعليلهم وظاهر كلامهم أنّ الثمن جزء مملّك وأنّه لا يملك بالصيغة فقط لأنّهم جعلوا الجهل بالثمن وظهور استحقاقه وتأخير المطالبة من وادٍ واحد، وذلك يقضي بعدم حصول الملك بالصيغة مع الجهل، فقولهم «بطل» لا يقضي

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥١.

(٢) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.

(٤) الدروس الشرعية: في التمليك بالشفعة ج ٣ ص ٣٧١.

(٥) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٦) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٣.

(٧ و٨) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ٦ ص ٣٦٤.

(٩) تقدّم في الفرع السادس من الفصل الثاني ص ٥١٩ ـ ٥٢٦، فراجع.

أو أخّر المطالبة لبُعده عن المبيع حتّى يصل إليه.

بأنّه ملك بالصيغة لو كان أخذ بها ثمّ انفسخ كما نبّهنا [١] على ذلك هناك، فليتأمّل وقد عرفت فيما سلف [٢] أنّ الجهل على قسمين.

[في بطلان الشفعة لو أخّر الأخذ]

قوله: ﴿أو أخّر المطالبة لبُعده عن المبيع حتّى يصل إليه﴾ كما في «المبسوط [٣] والشرائع [٤] والتذكرة [٥] والتحرير [٦] وجامع المقاصد [٧] والمسالك [٨]» قال في «التذكرة [٩]»: لا يجب الطلب في بلد المبايعة، فلو بيع الشقص بمصر ثمّ وجد الشفيع المشتري بمصرٍ آخر فأخّر الطلب فلمّا رجعا إلى مصره طالبه بالشفعة لم يكن له ذلك وسقطت شفعته، فإن اعتذر عن التأخير بأنّي إنّما تركت الطلب لآخذ في موضع الشفعة لم يكن ذلك عذراً، وقلنا له ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك بها فبطل حقّك لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص، انتهى. وهو نحو ما في «المبسوط [١٠]» وحاصله أنّ تأخير الأخذ لأجل قبض الشقص أو الوصول إليه منافٍ للفور وليس عذراً بل الواجب عليه أن يأخذ ويدفع الثمن، ثمّ يسعى في تحصيل الشقص سواء اعتبرنا التقابض معاً أو لم نعتبره، لأنّ حكمها الفور في الأخذ ويتعيّن هنا القولي ولتسليم الشقص

---

(١) تقدّم في ص ٥٣٥ ـ ٥٤٠.
(٢) تقدّم في ص ٥٤٠ ـ ٥٤٥.
(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٩.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.
(٥) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٧٢.
(٧) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٣.
(٨) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٤.
(٩) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٢.
(١٠) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٠٩.

أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن

حكم آخر. ولا يخفى ما في «التذكرة» من قوله «ثمّ وجد الشفيع المشتري ... إلى آخره» لأنّه بعد علمه يجب عليه السعي بنفسه أو وكيله، فإن أهمل بطلت كما هو الشأن في المسافر، إلّا أن يقال: إنّ المراد أنّ ذلك مع العجز، أو يقال: إنّه يعدل عن إطلاق قوله «ثمّ وجد الشفيع» الشامل لما إذا وجده اتّفاقاً لمكان قوله «فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك» فتأمّل.

[في بطلان الشفعة لو اعترف بغصب الثمن]

قوله: ﴿أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن﴾ كما في «الشرائع[1] والتحرير[2] والحواشي[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]» لكن ليس في «الشرائع» التقييد بالمعيّن، ولعلّه تركه لوضوحه وهو قضية ما في «المبسوط[6] والشرائع[7] والتحرير[8]» أيضاً وغيرها[9] من أنّه لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبية الثمن المعيّن بطلت، وقضية ما في «التذكرة[10] والإرشاد[11] وشرحيه[12] والدروس[13]» من

(١) شرائع الإسلام: في ما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٢ و٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١ و ٥٨٠.

(٣) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٣.

(٥ و٩) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٦ و٣٦٥.

(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.

(٧) شرائع الإسلام: في ما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٠.

(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٦.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٦، وشرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الشفعة ص ٥٣ س ١٦ ـ ١٧.

(١٣) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.

أو تلفه قبل قبضه على إشكال (بطلت ـ خ ل).

أنّه لو بان مستحقّاً بطلت. وقد صرّح جماعة[1] بأنّ كلّ ذلك إذا لم يجز المالك، وهو كذلك فيأخذ الشفيع منه. والفرق بين ظهور استحقاقه وبين تصادقهما عليه أنّ عدم الاستحقاق في الثاني إنّما جاء من تصادقهما، وقد يكونان كاذبَين في الواقع، ولا كذلك الأوّل فإنّه فيه غير متحقّق في الواقع. ولو تصادق البائع والمشتري لم ينفذ على الشفيع كما أنّ إقراره لا ينفذ عليهما.

[في بطلان الشفعة لو تلف المبيع قبل القبض]

قوله: ﴿أو تلفه قبل قبضه على إشكال (بطلت ـ خ ل)﴾ هذا على نسخة «تلفه» فرع على المسألة السابقة من أنّه إذا تلف الثمن المعيّن قبل قبضه هل تبطل أم لا؟ وقد تقدّم فيها الكلام[2] مسبغاً وأنّ الأصحّ عدم بطلانها. وهذه النسخة هي الّتي بنى عليها في «الإيضاح[3] والحواشي[4] وجامع المقاصد[5]» فيكون المراد: وكذا تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعيّن قبل قبض البائع له على إشكال. وقد حكى في «الإيضاح[6]» عن الشيخ في المسألة أنّه حكم بالبطلان، والشيخ في «المبسوط[7]» إنّما حكم فيما إذا تلف لا فيما إذا اعترف، ولا تعرّض له في غيره. ولعلّه لمكان اتّحاد الطريق، وعلى نسخة «تلف» بالماضي يكون تكراراً. وظاهر العبارة أنّ الإشكال في المسائل الثلاث، والشارحون جعلوه في الثالثة فقط، ولعلّه

---

(١) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧، والعلّامة في تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٠، وظاهر الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٦.

(٢) تقدّم في ص٦٥٨ ـ ٦٦٠.

(٣ و٦) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ص ٢١٩.

(٤) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٥) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج٦ص ٤٤٣.

(٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ص ١٣٣.

وتجوز الحيلة على الإسقاط.

لأنّه لا وجه لتعميمه. وكيف كان، فالمصرّح بالبطلان في صورة الاعتراف ولده[١] والشهيد[٢] في «الحواشي» والمحقّق الثاني[٣]، وقد تقدّم[٤] بيان وجهه.

[في جواز الحيلة على إسقاط الشفعة]

قوله: ﴿وتجوز الحيلة على الإسقاط﴾ بالمباح مطلقاً عندنا وعند جماعة من العامّة خلافاً لأحمد بن حنبل كما في «التذكرة[٥]» ولا كراهية في ذلك كما فيها[٦] أيضاً. وفي «المسالك[٧]» للأصل وأنّه ليس فيها دفع حقّ عن الغير، فإنّها إنّما تثبت بعد البيع مع عدم المعارض، فإذا لم يوجد بيع أو وجد مع المعارض فلا شفعة. والأصحّ في وجهي الشافعية[٨]، وهو خيرة محمّد بن الحسن الشيباني[٩]، أنّها تكره لما فيها من إبقاء الضرر على الشريك.

وأمّا الحيلة بالحرام فكما إذا تعاقدا بثمن وأظهرا أكثر منه لإسقاط الشفعة فإنّه

(١ و٣) الموجود في الإيضاح وجامع المقاصد هو الحكم بالصحّة في هذا الفرع، قال في الأوّل: إذا اعترف الشفيع بتلف الثمن المعيّن قبل قبضه قال الشيخ في المبسوط: تبطل الشفعة لبطلان سببها ويحتمل عدمه، لأنّ الشفيع قد تعلّق حقّه قبل تجدّد الفسخ، والفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة، وهذا هو الأصحّ عندي، انتهى. الإيضاح: ج ٢ ص ٢١٩. وقال في الثاني: وهل تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعيّن قبل قبض البائع إيّاه؟ فيه إشكال إلى أن قال: وقد سبق أنّ الشفعة لا تبطل به مطلقاً فلا يكون الإقرار به مبطلاً لها، انتهى. جامع المقاصد: ج ٦ ص ٤٤٣.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٤) تقدّم في ص ٦٨٧ وص ٦٥٨ ـ ٦٦٠.

(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في الحيل المسقطة للشفعة ج ١٢ ص ٣٤٩ و٣٥٢.

(٧) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٧.

(٨) راجع فتح العزيز (بذيل المجموع): ج ١١ ص ٤٩٩.

(٩) راجع الهداية للمرغياني: ج ٤ ص ٣٩، وفتح العزيز: ج ١١ ص ٤٩٩.

بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثمّ يدفع به عوضاً قليلاً أو يبرئه من الزائد أو ينقله بغير بيعٍ كصلحٍ أو هبة.

لايجوز إجماعاً كما في «التحرير[1]» وكما إذا تبايعا وأظهرا الانتقال بغير البيع كصلحٍ أو هبة.

والغرض من الإسقاط في قولهم «تجوز الحيلة على الإسقاط» أنّه يجوز رفع تحقّق الشفعة كما إذا صالح وفعل ما يوجب غالباً من الشفيع النزول عنها وإسقاطها كما إذا باعه بزيادة عن الثمن ثمّ دفع له عوضاً قليلاً، فإطلاق الإسقاط لا يخلو من مسامحة، وتجوز إذ الإسقاط في الأوّل بعدم الثبوت، وقد أقاموا إعراض الشفيع مقام الإسقاط، وإلّا فالشفعة لا تسقط.

قوله: ﴿بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثمّ يدفع به عوضاً قليلاً أو يبرئه من الزائد أو ينقله بغير بيعٍ كصلحٍ أو هبة﴾ إلى غير ذلك من الصوَر الّتي منها أن يبيعه بثمن قيمي ويقبضه البائع ويبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته فتندفع الشفعة لمكان الجهل بالثمن، ومنها أن يبيع عشر الشقص بتسعة أعشار قيمته ثمّ يبيع تسعة أعشاره الأُخر بعشر قيمته، فلا يتمكّن الشفيع من أخذ العشر لزيادة قيمته ولا من أخذ تسعة أعشار لمكان تكثر الشركاء، ومنها أن يبيعه المشتري سلعته بأضعاف قيمتها ثمّ يشتري الشقص بذلك الثمن، ومنها أن يؤجره الدار مدّة كثيرة بقليل ثمّ يبيعه بالثمن الّذي تراضيا عليه.

وبيان المثال الأوّل في كلام المصنّف أن يبيع الشقص بزيادة عن الثمن أضعافاً مضاعفة ويأخذ منه عرضاً قيمته مثل الثمن الّذي تراضيا عليه عوضاً عن القدر المجعول ثمناً، فإن أخذ الشفيع بالشفعة لزمه الثمن الّذي وقع عليه العقد لا قيمة

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٢.

ولو قال الشفيع للمشتري: بعني ما اشتريت، أو: قاسمني بطلت.

العرض، لأنّ ذلك معاوضة اُخرى بين المشتري والبائع. ومقتضى كلامهم كما هو صريح «الشرائع[١] والمسالك[٢] والكفاية[٣]» أنّ الثمن الّذي وقع عليه العقد لازم للمشتري وجائز للبائع أخذه وإن كان بينهما مواطاة على ذلك، إذ لا يستحقّ المشتري أن يأخذ من الشفيع إلّا ما ثبت في ذمّته، ولا يثبت في ذمّته إلّا ما يستحقّ البائع المطالبة به، لكن قال في «التحرير»: لو خالف أحدهما ما تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهر لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن، لأنّ صاحبه إنّما رضي بالعقد للتواطؤ، انتهى[٤]. وفيه زيادة على ما عرفت: أنّ الظاهر أنّ المطالبة بين البائع والمشتري ومخالفة البائع في مطالبته للمشتري بالثمن الكثير ظاهرة، وأمّا مخالفة المشتري في مطالبته للبائع وفعله الحرام فلا تكاد تتصوّر في جميع الأمثلة، لأنّه إذا خالف اعترف بالأقلّ وحينئذٍ لا إثم عليه، بل لو خرجنا عن ظاهره وقلنا المراد مطالبة الشفيع لأنّه صاحبه فلا إثم عليه أيضاً، لأنّه إذا اعترف بالأقلّ فإنّما يطالبه به لا غير، إلّا أن تقول: إنّ المراد يحرم عليه مطالبة الشفيع بالزائد لو لم يظهر المواطاة وأخذ منه الزائد، فهو كما ترى خالٍ عن «التحرير» في الحكم والتعبير.

قوله: ﴿ولو قال الشفيع للمشتري: بعني ما اشتريت، أو: قاسمني بطلت﴾ كما في «التحرير[٥] والدروس[٦] وجامع المقاصد[٧]» ووجهه ظاهر، لأنّه

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٢) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٧.

(٣) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩ ـ ٥٥٠.

(٤ و ٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٠.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٩.

(٧) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٤.

ولو صالحه على ترك الشفعة بمالٍ صحّ وبطلت الشفعة.

منافٍ للفور، فكان كقوله اشتريت غالياً أو رخيصاً، ولأنّه يتضمّن الرضا بملكه واستقراره. وفي «التحرير[1] والدروس[2]» لو قال صالحني عن الشفعة بمالٍ فالوجه أنّها لاتسقط، لأنّه لم يرض بإسقاطها وإنّما رضي بالمعاوضة عنها، قال في الأخير: فإن صالحه وإلّا فله المطالبة. قلت: ويبقى الكلام في منافاته الفورية ويأتي بيانه.

[في صلح الشفيع المشتري على ترك الشفعة]

قوله: ﴿ولو صالحه على ترك الشفعة بمالٍ صحّ وبطلت الشفعة﴾ كما في «الخلاف[3] والمبسوط[4] والسرائر[5] والشرائع[6] وجامع الشرائع[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والإرشاد[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] ومجمع البرهان[13] والكفاية[14] وكذا «الدروس[15]». وفي «المفاتيح[16]» نسبته إلى القيل. وظاهر

(١ و٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٠.

(٢ و١٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥٥ مسألة ٤١.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٥. (٥) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٤.

(٧) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.

(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.

(١١) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٤.

(١٢) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٨.

(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٠.

(١٤) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.

(١٦) الموجود في المفاتيح إفتاؤه بالحكم المذكور صريحاً من غير نسبته إلى قيل أو قال، نعم. ←

ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد؟ نظرٌ.

«المبسوط[١] والتذكرة[٢]» الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا، لأنّها حقّ مالي ثابت فيجوز عليه الصلح. قال في «جامع المقاصد»: فإن قيل إذا شرع في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفور فتبطل، قلت: قد علم أنّ ما اقتضته العادة لا يقدح* مثل السلام والدعاء، ولا نريد الصلح عليهما، على أنّه قد يتصوّر الصلح مع الوكيل فإنّ التراخي من قِبله على خلاف المصلحة لا يبطل حقّ الموكّل[٣]. قلت: يتصوّر بأن يصالح الشفيع المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع كما إذا كان المشتري وكيله ولمّا يأت إليه فيخبره، أو بأن يصالح الوليّ والغبطة في الأخذ على المشهور أو والغبطة في الصلح على مختار «الخلاف» كما تقدّم[٤]. ولو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان أصحّهما الصحّة للعموم، والصلح ليس أخذاً بالشفعة حتّى يقدح فيه تبعيض الصفقة بل هو معاملة أخرى على حقّ الشفعة.

قوله: ﴿ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب

---

* ـ كذا في نسخ الكتاب وجامع المقاصد وكأنّ الصواب: لا يقدح فيه أو نحوه.

← قال بعد إفتائه بذلك: ويقسّم على سهام الورثة، وقيل: بل على رؤوسهم وليس بشيء. ولا يسقط بعفو البعض بل للباقي أخذ الجمع، كذا قيل، انتهى. المفاتيح: ج ٣ ص ٨٢. وهذه العبارة يمكن الاستظهار منها بما نسبه إليه الشارح بأن يقال: إنّ قوله: ولا يسقط ... فرع مستقلّ ومعناه أنّ عفو بعض ذوي حقّ الشفعة إنّما يسقط حقّ نفسه فقط، وأمّا سقوط حقّ شفعة الآخرين يحتاج إلى عفوهم منفرداً ومستقلاً، فإذا كان عفوهم يسقط حقّ شفعتهم فبمفهوم الأولوية يسقطها مصالحتهم على المال، فتأمّل كي تعرف. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ مقصود الشارح أنّ الكاشاني ﷺ نسب هذه الفتوى إلى القيل من غير أن يختارها بنفسه، وذلك خلاف ما في مفاتيحه كما عرفت.

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٥. (٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٠.
(٣) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٤. (٤) لم نعثر عليه.

ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت،

الصبر، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد؟ نظرٌ﴾ قد تقدّم الكلام فيه في أواخر الفصل الثالث[1] عند قوله «ولو زرع الشفيع فللمشتري أخذه» مسبغاً مستوفى، والمراد بالزرع الزرع الّذي وقع على أحد الوجوه الّتي تقدّم تصويرها.

[فيما لو باع الشفيع نصيبه عالماً]

قوله: ﴿ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت﴾ كما هو خيرة «المبسوط[2] والمهذّب[3]» صرّحا به فيما إذا باع بشرط الخيار و«الوسيلة[4] والشرائع[5] وجامع الشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والدروس[10] وجامع

---

(١) ما تقدّم هاهنا هو قوله «ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه» وهذا هو الصحيح، وأما ما يومي إليه الشارح في العبارة هنا فليس بصحيح شرعاً، وذلك لما ثبت في الشرع أنّ الزرع للزارع ولو كان غاصباً والشفيع وهو الشريك أحسن حالاً من الغاصب لا أسوأ حالاً. والحاصل: أنّ الفرض الصحيح في المسألة هو أنّ من اشترى حصّة الشريك من الخارج لو زرع في الحصّة فالشفيع وهو الشريك الآخر يأخذه لأنّه أخذ بالشفعة في الحصّة فيصحّ له أخذ الزرع الواقع فيها، وليس الكلام في صحّة أخذ المشتري للحصّة من الخارج ما زرعه الشفيع في الحصّة فإنّه مسلّم البطلان، فإنّه لو لم يكن له أخذ أصل الحصّة فمنع أخذ ما زرع فيها من جانب الشريك الآخر ـ وهو الشفيع ـ أولى، فتأمّل في العبارة حتّى تعرف.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٥. (٤) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.

(٥) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٣.

(٦) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.

(٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٩.

(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.

(١٠) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.

المقاصد[١] ومجمع البرهان[٢]» وكذلك «المسالك[٣]» وما حكيناه عن «الشرائع» هو الموجود في نسخ ثلاثة مصحّحة محشّاة فإنّ فيها: ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً. والموجود في «المسالك» ولو قيل له الأخذ، من دون «ليس» وقد شرح كلامه بناءً على ذلك وقال: إنّ مختاره عدم البطلان في الصورتين، لأنّ الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه فيستصحب، لأصالة عدم السقوط ولقيام السبب المقتضي له وهو الشراء فيجب أن يحصل المسبّب[٤]. وحجّة الشيخ والجماعة أنّه أزال سبب استحقاقه فزال الاستحقاق، ولا نسلّم أنّ السبب الشراء بل هو مع الشركة، وقد زال أحد جزئي السبب فيزول فصار شريكاً مقاسماً، وقد قالوا عليهم السلام: لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم لم يقاسم[٥]. و: إنّ الشفعة لإزالة الضرر[٦] ولا ضرر هنا، بل بالأخذ يحصل ضرر على المشتري، وليس في مقابله

(١) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٥.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٠.
(٣) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٣.
(٤) ظاهر عبارة الشرائع يعطي صحّةما في المسالك، وأنّ عبارة الشرائع خالية عن لفظ «ليس» وذلك لأنّ المحقّق رحمه الله ذكر في المسألة الرابعة فرعين. الأوّل: ما لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بها، فنقل عن الشيخ الحكم بالسقوط من دون أن يحكم بصحّة ما عن الشيخ أو بطلانه وإن كان ظاهره إن لم يكن قرينة على الخلاف هو تأييد ما عن الشيخ. الثاني: ما لو باع قبل العلم بها، قاطعاً بأنها لم تسقط معلّلاً له بسبق الاستحقاق لها، ثمّ استدرك ما تقدّم بقوله «ولو قيل ...» فلابدّ أن يكون قوله «ولو قيل» ردّاً على ما تقدّم، ولا شكّ أنّ الردّ المذكور إنّما يليق بالفرع الأوّل الّذي حكى بطلان الشفعة عن الشيخ لا بالفرع الثاني الّذي حكم فيه بعدم السقوط قاطعاً، وحينئذٍ الردّ لا يتحقّق إلّا بخلوّ العبارة عن لفظ «ليس» فعلى ذلك أنّ ما بيّنه الشهيد الثاني في المسالك هو الصحيح، وأنّ الّذي زاغ نظره أو سها قلمه هو الشارح ومَن يحذو حذوه لا الشهيد الثاني، فتأمّل جيّداً كي تعرف.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الشفعة ح ٢ و٦ و٧ ج ١٧ ص ٣١٦ ـ ٣١٨.
(٦) هذا مفاد ما في فقه الرضوي المرويّ عنه في المستدرك فراجع مستدرك الوسائل: ب ١١ من أبواب الشفعة ح ١٢ ج ١٧ ص ١٠٨.

وللمشتري الأوّل الشفعة على الثاني.

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة،

دفع ضرر عن الشفيع، فتأمّل. ولعلّه الأقوى مع عدم الظفر بالخلاف في ذلك ولم يثبت ما في «المسالك» بل الظاهر وجود غلط في نسخته أو زاغ نظره الشريف عنه ويشهد لذلك شهادة الشهيد بذلك كما ستسمعه[1] في صورة الجهل.

قوله: ﴿وللمشتري الأوّل الشفعة على الثاني﴾ وجهه ظاهر، لأنّ المشتري الأوّل شريك قديم وقد حدث عليه ملك المشتري الثاني.

[فيما لو باع الشفيع بعض نصيبه عالماً]

قوله: ﴿ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[2]» وكذا «التحرير[3]» ولعلّه أراد بالتوجيه ما ذكره في «جامع المقاصد[4]» من أنّ استحقاق الشفعة في هذا الفرد المعيّن ينحصر في سببية الشركة بالشقص المذكور، فإذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو هو والباقي غيره ولم يكن له تأثير في استحقاق الشفعة، فلا يحدث له تأثير بعد ذلك، لأنّه إنّما يؤثّر إذا كان موجوداً وقت البيع. وقد عرفت أنّ الموجود وقت البيع غيره وقد زال، فلا يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة في الجميع لو كان ابتداءً أن يوجبها في محلّ

---

(١) سيأتي في ص٦٩٨ ـ ٦٩٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج١٢ص٣٢٩.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٩.

(٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٦.

النزاع، انتهى، وقال: إنّ السقوط متّجه.

ونحن نقول: إنّ المقتضي للشفعة حين البيع كان موجوداً قطعاً وهو الشركة مع جميع شرائطها، وبيع البعض لا يقدح في شيء منها ولا يبطل تأثير ما قد علمت سببيّته، وعلى تقدير التنزّل نقول: إنّا نشكّ في مانعيّته مع عدم الإخلال بالفورية كما هو الفرض فينفى بالأصل والاستصحاب، وما ادّعاه من الحصر ممنوع، لأنّه يقضي بعدمها لو ذهب بعض شقص الشفيع بحرقٍ أو غرقٍ ونحوه، ولا أظنّ أحداً يقول به، وليس له أن يفرّق بعدم العلّة في محلّ النزاع ـ أعني الضرر ـ لأنّه أدخل شريكاً آخر معه، وكذلك التلف لأنّ المفروض ثبوتها مع تعدّد الشركاء، ثمّ إنّه قد ينقض بما إذا عفا بعض الورثة عن نصيبه أو باع فإنّه لا يسقط حقّ الباقين.

ثمّ اعترض على العبارة بأنّ قوله «وقلنا بثبوتها مع الكثرة» يقتضي أنّ تعدّد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة وإن لم يكن الشفيع إلّا واحداً فإنّ الشفيع بالنسبة إلى المشتري ليس إلّا واحداً بل شفعته ثبتت قبل حدوث الكثرة فينبغي أن لايكون لها أثر في المنع إن لم يكن بيع الشقص مانعاً. وبالجملة: لايكون ثبوت الشفعة على المشتري الأوّل من فروع الكثرة. نعم في الثاني يجيء ذلك إن كان المانع تعدّد الشركاء وإن كان الشفيع واحداً[1]، انتهى، مع أنّه قد تقدّم له في الكثرة المانعة أنّ المراد بها الأعمّ من السابقة على عقد البيع ومن اللاحقة. واستند في ذلك إلى ظاهر قوله عليه السلام: فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحدٍ منهم الشفعة، إلّا أن تقول بالفرق بين المقامين بأنّه هنا استحقّ الشفعة قبل تحقّق الكثرة وهناك استحقّها مع تحقّق الكثرة، فليلحظ ذلك في أوّل الفصل الثاني عند قوله «ولا تثبت لغير الشريك الواحد» وفي آخر فروع الكثرة فقد أسبغنا الكلام في المقامين[2].

---

(١) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٥.

(٢) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٥٥ وص ٤٦١.

والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً، فله أخذ الشقص من المشتري الأوّل، وهل للمشتري الأوّل شفعة على الثاني؟فيه إشكالٌ، ينشأ من ثبوت السبب وهو الملك، ومن تزلزله لأنّه يؤخذ بالشفعة.

قوله: ﴿والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2]» والأولى الاستدلال عليه بما ذكرناه.

قوله: ﴿فله أخذ الشقص من المشتري الأوّل﴾ أي إن قلنا بالثبوت كما هو الأقوى.

قوله: ﴿وهل للمشتري الأوّل شفعة على الثاني؟ فيه إشكالٌ، ينشأ من ثبوت السبب وهو الملك، ومن تزلزله لأنّه يؤخذ بالشفعة﴾ كما في «التذكرة[3] والتحرير[4] وجامع المقاصد[5]» وهو يقضي بأنّ الإشكال فيما إذا لم يأخذه الشفيع من المشتري الأوّل قبل أن يأخذ من المشتري الثاني، وأمّا إذا أخذه فلا إشكال في عدم ثبوتها، لأنّ الشركة الّتي هي سبب في جواز الأخذ إذا زالت ولمّا يأخذ كان الأخذ ممتنعاً، إذ لا سبب له، بل ينبغي من المصنّف أن لا يستشكل في الأُولى أيضاً، لأنّه سبق له في آخر الفصل الأوّل وأوّل الفصل الثالث[6] أنّ الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة في الشقص المشفوع فكيف يكون مانعاً، إذا ثبت في الشقص الّذي هو سبب الشفعة؟ فتأمّل. والحاصل: أنّ التزلزل لا يبطل تأثير ما قد علمت سببيّته، فالأصحّ الأثبت الثبوت، وهذا كلّه على تقدير الثبوت للشفيع، وعلى تقدير

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٩.

(٢ و٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٩ ـ ٥٩٠.

(٥) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٦.

(٦) تقدّم الكلام في ذلك في أواخر الفصل الأوّل في ص ٤٤٦ ـ ٤٥١. وأمّا في أوّل الفصل الثالث فلم يأت هناك بشيء وإنّما أحال البحث إلى أواخر الفصل الأوّل، فراجع، وكم له من ذلك من نظير في طي هذا الكتاب.

أمّا لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي البطلان إشكالٌ، ينشأ من زوال السبب، ومن ثبوته وقت البيع.

السقوط فللمشتري الأوّل الشفعة على المشتري الثاني إن أثبتناها مع الكثرة.

[فيما لو باع الشفيع نصيبه جهلاً]

قوله: ﴿أمّا لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي البطلان إشكالٌ، ينشأ من زوال السبب، ومن ثبوته وقت البيع﴾ ونحوه ما في «التحرير[1] والحواشي[2] والدروس[3]» من عدم الترجيح مع الميل في الأخير إلى البطلان. وهو خيرة «الإرشاد[4] والمختلف[5] وجامع المقاصد[6] ومجمع البرهان[7]». وفي «المسالك[8]» أنّه لا يخلو من قوّة.

وقال في «الشرائع»: لو قيل ليس له الأخذ به كان حسناً[9]، وقد نسبه إليه الشهيد في «الدروس[10]» لمكان هذه العبارة، وهو ممّا يشهد على صحّة النسخ الثلاث الّتي عندنا، وأنّ ما في «المسالك[11]» من سهو القلم وبه جعل الأقوال ثلاثة، وإنّما هما قولان لا غير كما ستعرف. قال في «المبسوط[12]»: إنّ الأقوى عدم

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٠.
(٢) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٣ و١٠) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٨.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١.
(٦) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٠.
(٨ و١١) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٤.
(٩) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٣.
(١٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.

البطلان. وبه جزم في «جامع الشرائع[١]» وظاهر «الوسيلة[٢]» وقد فهم[٣] ذلك من «المهذّب» لكن تعليله قد يقضي بخلاف ما يفهم من كلامه، ولا تعرّض له فيما عدا ذلك من الكتب بأسرها حتّى التذكرة والإيضاح، إلّا أن تقول: إنّه يفهم ذلك من مفهوم كلامهم في المسألة السابقة[٤].

وقد بيّن المصنّف وجه الإشكال، وهو لو تمّ لجرى فيما إذا باع عالماً إلّا أن يقال: إنّ المراد بثبوته وقت البيع وسبق استحقاقه والأصل بقاؤه ولم يصدر منه ما يبطله على عمدٍ وتقصير فكان معذوراً، وأمّا في صورة العلم فإنّ البيع يؤذن بالإعراض كما إذا بارك وضمن الدرك. وفيه: أنّ الجهل مع انتفاء السبب لا أثر له، لأنّ خطاب الوضع لا يتفاوت الحال فيه بالعلم والجهل. وبيان ذلك: أنّ السبب في مشروعية الأخذ ليس هو الشراء وقد زال أحد جزئي السبب فيزول، وقولهم عليهم السلام[٥] «لا شفعة لشريك غير مقاسم لم يقاسم» خطاب وضعي يتناول الجاهل والغافل، على أنّ الشفعة لإزالة الضرر ولا ضرر هنا بل بالأخذ يحصل الضرر على المشتري، وليس في مقابلة دفع ضرر عن الشفيع.

وقد يقال[٦]: يجيء الإشكال أيضاً فيما إذا باع الشريك ولم يعلم شريكه حتّى قاسمه بوكالته عن المشتري ثمّ علم فهل له الأخذ بها حينئذٍ؟ وجهان، وقد عرفت[٧] أنّ الشيخ ومَن وافقه قالوا بالبطلان في صورة العلم فكانوا مفصّلين. ولمّا توهّم صاحب «المسالك[٨]» على الشرائع جعل ذلك قولاً ثالثاً للمحقّق، وهو عدم البطلان في الصورتين.

---

(١) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.
(٢) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.
(٣) لم نعثر عليه.
(٤) تقدّمت في ص ٦٩٤ ـ ٦٩٦.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ و٦ من أبواب الشفعة ح ١ و٢ ج ١٧ ص ٣١٦ و٣٢٠.
(٦) لم نعثر عليه.
(٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.
(٨) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٤.

والشفعة موروثة كالمال على رأي،

[في أنّ حقّ الشفعة يورث]

قوله: ﴿والشفعة موروثة كالمال على رأي﴾ هو خيرة «المقنعة[1] والانتصار[2] والخلاف[3]» في باب البيع و«السرائر[4] وجامع الشرائع[5] والشرائع[6] والنافع[7] وكشف الرموز[8] والتحرير[9] والإرشاد[10] والتبصرة[11] والمختلف[12] والدروس[13] والحواشي[14] واللمعة[15] والمقتصر[16] والتنقيح[17] وغاية المرام» فيما حكي[18] عنه و«جامع المقاصد[19]

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩.
(٢) الانتصار: في الشفعة ص ٤٥١.
(٣) الخلاف: في البيع ج ٣ ص ٢٧ مسألة ٣٦.
(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٢.
(٥) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.
(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٣.
(٧) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٨) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٨.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(١١) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.
(١٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٨.
(١٣) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.
(١٤) حواشي الشهيد (الحاشية النجّارية): في الشفعة ص ٩٤ و٩٦.
(١٥) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(١٦) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٨.
(١٧) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٥.
(١٨) حكاه عنه السيّدعليّ في رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة؟ ج ١٢ ص ٣٣٨.
(١٩) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٧.

والمسالك[١] والروضة[٢] والكفاية[٣] والمفاتيح[٤] والرياض[٥]» وكذا «التذكرة[٦] والإيضاح[٧]» وهو المحكي عن أبي عليّ[٨]. وظاهر «الانتصار[٩]» الإجماع عليه حيث قال: الشفعة تورث عندنا. وفي «جامع الشرائع[١٠]» أنّه الأصحّ عند أصحابنا. وفي «التنقيح[١١]» أنّ عليه الفتوى. وفي «السرائر» أنّه الأظهر من أقوال أصحابنا وأنّه مذهب المفيد والمرتضى وجملة أصحابنا، وقصر الخلاف على الشيخ في النهاية وقال: إنّه رجع في الخلاف إلى الوفاق، وقال بعد ذلك: إنّما تمسّك مَن ذهب إلى أنّها لا تورث بأخبار آحاد لاتوجب علماً ولا عملاً، فكيف تترك بها الأدلّة والإجماع[١٢]. وفي «المسالك» أنّه مذهب الأكثر ومنهم الشيخ في بيع الخلاف والمفيد والمرتضى وأبو عليّ وجملة المتأخّرين[١٣]. ومثله قال في «الكفاية[١٤]» إلّا أنّه أبدل «الجملة» بـ«الجمهور». وفي «الرياض[١٥]» تارةً أنّه المشهور بل كاد يكون إجماعاً، ونسبه أُخرى إلى عامّة المتأخّرين.

والمخالف الشيخ في «النهاية[١٦] والخلاف[١٧]» في باب الشفعة والقاضي في

(١ و١٣) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤١ و٣٤٠.

(٢) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٢.

(٣ و١٤) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٨.

(٤) مفاتيح الشرائع: في توارث حقّ الشفعة ج ٣ ص ٨٢.

(٥) رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة ج ١٢ ص ٢٣٨ و٢٣٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٤ و٢٨٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢٢٠.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٩) الانتصار: في الشفعة ص ٤٥١.

(١٠) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٨.

(١١) التنقيح الرائع: في الشفعة ج ٤ ص ٩٥.

(١٢) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٢.

(١٥) رياض المسائل: في الشفعة ج ١٢ ص ٣٢٨ و٣٢٩.

(١٦) النهاية: في الشفعة ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

(١٧) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٦ مسألة ١٢.

«المهذّب[1]» وابن حمزة في «الوسيلة[2]» والطبرسي فيما حكي عنه[3]. وحكي في «كاشف الرموز[4]» عن الصدوق أنّه روى في المقنع والفقيه[5] خبر طلحة، ولم نجده فيما عندنا من نسخ «المقنع». وفي «مجمع البرهان» لعلّه أظهر لمكان الأدلّة العقلية والنقلية الدالّة على المنع، ورواية طلحة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، إذ شمول آية الإرث لذلك غير ظاهر، فتأمّل، انتهى[6]. وفي «الخلاف[7]» أنّه منصوص لأصحابنا. وفي «المبسوط[8]» أنّه المروي وأنّه مذهب الأكثر، ولا ترجيح فيه كما لا ترجيح في «الغنية[9]» ولا تعرّض لذلك في «المراسم والكافي وفقه الراوندي».

والأوّل هو الأقوى للظنّ الحاصل من عمومات الإرث وعمومات الباب والإجماع الظاهر من «الانتصار والجامع والتنقيح» بل هو معلوم من المتأخّرين. ولم يجزم بالخلاف المقدّس الأردبيلي، فلا خلاف فيهم أصلاً، بل الإجماع صريح «السرائر[10]» في آخر كلامه، والخبر المروي في «المسالك[11] والمفاتيح[12]» من قوله صلى الله عليه وآله: «ما ترك الميّت من حقّ فهو لوارثه»[13] وحقّ الشفعة ممّا ترك فيجب أن يدخل فيه وفي عمومات الإرث كما دخل فيها الخيار الثابت للمورّث بالاتّفاق، وكذلك حقّ القذف وغيره.

---

(١) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.
(٢) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٩.
(٣) حكاه عنه الشهيد الثاني في المسالك: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤١.
(٤) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٨.
(٥) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧٨ ح ٣٣٧٦.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١٢.
(٧) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٦ مسألة ١٢.
(٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣.
(٩) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.
(١٠) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٢.
(١١) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤١.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في توارث حقّ الشفعة ج ٣ ص ٨٢.
(١٣) لم نعثر عليه في كتب الأخبار.

وأمّا مارواه الشيخ[١] عن ابن عيسى عن محمّد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنّه قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا تورث الشفعة» أو أنّ عليّاً عليه السلام قال ذلك على الاحتمال في العطف، لكنّ الظاهر من «التهذيب» الأوّل. وقد رواه الصدوق[٢] في الصحيح عن طلحة عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام، فإنّه وإن كان الظاهر عندنا عدّ حديث طلحة من القويّ أو الموثّق لأنّ كتابه معتمد وأنّه داخل تحت إجماع العدّة وأنّ صفوان يروي عنه وأنّ محمّد بن يحيى هو الخزّاز الثقة بالزاءين إلّا أنّ إعراض المفيد عنه والشيخ في بيع الخلاف وأبا عليّ وابني سعيد وجميع المتأخّرين وعدم الترجيح به في «المبسوط والغنية» وغيرها ممّا يوهن الاعتماد عليه في تخصيص تلك الأدلّة، لكن يخطر في البال قويّاً أنّ إعراض المتأخّرين عنه إنّما هو لأنّ طلحة بتريّ كما صرّح بذلك جماعة[٣] وأنّهم لم يعرفوا محمّد بن يحيى كما ذكره بعضهم[٤] لا لأمرٍ آخر لا نعرفه، فإن صحّ ما في «المبسوط» من نسبة القول بالعدم إلى الأكثر توفّرت شرائط العمل بالخبر، لكن يوهن ذلك توقّفه فيه ومصيره في بيع الخلاف إلى خلافه وهو متأخّر عن الشفعة ومخالفة مَن تقدّمه وعاصره وأكثر مَن تأخّر عنه له، مضافاً إلى إجماع السرائر. وقد قال في «الدروس»: لم ينعقد على هذا الخبر الإجماع ولا قول الأكثر، انتهى[٥]. نعم إن كان ما يرويه الصدوق[٦] هو ما يفتي به كما ذكر في خطبته كان موافقاً

---

(١) تهذيب الأحكام: في الشفعة ج ٧ ص ١٦٧ ح ٧٤١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: في الشفعة ج ٣ ص ٧٨ ح ٣٣٧٣.

(٣) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٩، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤١.

(٤) كالطباطبائي في رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة؟ ج ١٢ ص ٣٣٨.

(٥) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.

(٦) من لا يحضره الفقيه: في مقدّمة المصنّف ج ١ ص ٢ ـ ٣.

سواء طالب الموروث أم لا، فللزوجة مع الولد الثمن،

له وحده لكن الظاهر منه بعد ذلك، خلاف ذلك فينحصر الخلاف الصرف في ثلاثة بل في اثنين، لأنّا لم نر كلام الطبرسي وإنّما حكي لنا عنه، وعلى التقديرين يكون نادراً. ثمّ إنّ الخبر يحمل على التقية، لأنّ العدم مذهب الثوري[1] وأبي حنيفة[2] وأحمد[3]، أو على أنّ الغالب في الورثة الإخلال بالفورية وتأخير الطلب.

وقد احتجّ الشيخ[4] بأنّ ملك الوارث متجدّد على الشراء فلا يستحق شفعة. وأُجيب[5] بأنّه يأخذ ما استحقّه مورّثه وحقّه سابق فلا يقدح تجدّد ملكه.

وقول المصنّف كالمال يحتمل أن يكون إشارة إلى دليل الإرث أو إلى كيفيّته، وكلاهما صحيح.

قوله: ﴿سواء طالب الموروث أم لا﴾ أي على وجهٍ لا يخلّ بالفورية فيهما.

قوله: ﴿فللزوجة مع الولد الثمن﴾ خصّ المثال بالزوجية لدفع توهّم أنّها لا ترث من الشفعة من حيث إنّها تحرم من الأرض عيناً وقيمةً ومن عين الأشجار ونحوها. فلو بيعت الأرض وحدها ولم يكن للزوجة ولد فلا شفعة لها، ولو بيعت مع الأشجار والأبنية فكذلك على الأظهر إلّا أن يكون للأرض شرب فلها الشفعة، لأنّ لها حقّاً في الماء.

وقد نبّه المصنّف بذلك أيضاً، على أنّ القسمة على السهام كما طفحت به عبارات أصحابنا[6] من غير خلافٍ أصلاً منهم من تعرّض له، قال في «المبسوط»:

(١ و٣) المغني لابن قدامة: في الشفعة ج ٥ ص ٥٣٧ و٥٣٦، والشرح الكبير: في الشفعة ج ٥ ص ٥١٦.

(٢) بدائع الصنائع: في الشفعة ج ٥ ص ١٤، وفتح العزيز: ج ١١ ص ٤٧٧.

(٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٧ مسألة ١٢.

(٥) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

(٦) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤، والسيّد عليّ في ←

فمن أثبت الميراث في الشفعة ورّثه على فرائض الله، فإن خلّف زوجةً وابناً كان لها الثمن والباقي لابنه، وعلى هذا أبداً عند من قسّمه على الأنصباء، ومن قسّمه على الرؤوس جعله بينهما نصفين[١] انتهى. وكان كلامه في التفريع غير ملتئم مع الكلّية، والأمر هيّن لأنّ الجمع ممكن، وقد تبعه الجماعة[٢] على كلامه الأوّل إلى المختلف[٣] فقال: إنّ كلامه الأخير يصيّر المسألة خلافية ثمّ اختار أنّها على قدر الأنصباء. قلت: هو خلاف بين العامّة قطعاً كما ستسمع[٤]، وبه اعترف جماعة[٥]، ولم يختلف في ذلك منّا اثنان، ولا تلتفت إلى ما في «الكفاية[٦] والمفاتيح[٧]» من أنّ المسألة خلافية فإنّهما قد تبعا «المختلف[٨] والمسالك[٩]».

وقد توهّم شيخنا صاحب «الرياض» على المقدّس الأردبيلي أنّه تأمّل في ذلك، وقال في «الرياض»: إنّه لا يخلو عن قوّة، والأصل يقتضي التسوية وأنّ

← رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٩، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٩ و ٤٠.

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٣، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥، والشهيد في الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.

(٣) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٤.

(٤) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٥) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٨، والمقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٣٩.

(٦) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.

(٧) مفاتيح الشرائع: في توارث حق الشفعة ج ٣ ص ٨٢.

(٨) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٤.

(٩) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٢.

حجّتهم غير واضحة[1]. قلت: ما توهّمه على المقدّس الأردبيلي[2] وهمٌ قطعاً، لأنّه قال في موضع دليل ثبوتها يعني القسمة: هو دليل الإرث ولا ينبغي الخروج عنه ولكن في شمول دليله يعني الإرث لها يعني الشفعة تأمّل، وقد تقدّم، انتهى. والّذي تقدّم له قوله في موضع آخر: إنّ شمول آية الإرث لها يعني الشفعة غير ظاهر فتأمّل[3]، انتهى. وبعد تسليم أنّها موروثة وأنّها حقّ ومال فالحجّة على قسمتها على السهام من الواضحات، ولهذا قال الأردبيلي: لا ينبغي الخروج عنه[4]. وقال في «المختلف[5]»: إنّهم ـ أي الورثة ـ بالإرث يأخذون لا باعتبار الشركة، ولهذا أثبتها هنا مَن لم يثبت الشفعة مع الكثرة، انتهى. وبذلك فرّق بين الأمرين في «المسالك[6]» قال: إنّه انتقل إليهم على حدّ الإرث لا باعتبار الشركة ولهذا أثبتها من لم يقل بالشفعة مع الكثرة، انتهى.

فأصل التسوية إنّما يجري فيما لو كان الاستحقاق باعتبار الشركة، لأنّ كلّ واحد من الشركاء يستحقّ باعتبار نفسه والوارث يستحقّها باعتبار مورّثه، ونعم ما قال في «الدروس[7]»: ليس هذا مبنيّاً على الكثرة، لأنّ مصدرها واحد فيقسّم على السهام. ولك أن تقول: هل الوارث يأخذ بسبب أنّه شريك أم يأخذ للمورّث ثمّ يخلفه فيه؟ فعلى الأوّل يتّجه القول بالرؤوس، وعلى الثاني لا، انتهى. ثمّ ذكر ردّ المختلف له ساكتاً عليه.

وقال في «التذكرة»: اختلفت الشافعية فقال بعضهم إنّ الشافعي قال: إنّها على عدد الرؤوس، ونقله المزني عنه، وقال بعضهم: هذا لا يحفظ عن الشافعي فإنّ

---

(۱) رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة ج ۱۲ ص ۳۳۹.
(۲ ـ ٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ۹ ص ۱۲ و ٤۰.
(٥) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ۳٥٤.
(٦) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ۱۲ ص ۳٤۲.
(۷) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ۳ ص ۳۷٤.

ولو لم يكن وارث فهي للإمام، فإن عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم تسقط،

الجماعة إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولاً واحداً، لأنّهم يرثون بالشفعة عن الميّت لا أنّهم يأخذونها بالملك[1].

قوله: ﴿ولو لم يكن وارث فهي للإمام﴾ ففي حال الغَيبة حكمها حكم سائر ميراث مَن لا وارث له.

[في عدم سقوط الشفعة بعفو أحد الورّاث]

قوله: ﴿فإن عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم تسقط﴾ أي الشفعة كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والنافع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والحواشي[7] والمهذّب البارع[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] ومجمع البرهان[11] والرياض[12]» وهو قضية كلام «الإرشاد[13] والدروس[14]» بل صريحهما. نعم قال في «الشرائع[15]»: إنّ

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣.
(٣ و١٥) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٣.
(٤) المختصر النافع: في الشفعة ص ٢٥٠.
(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧.
(٧) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٨) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٩.
(٩) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٨.
(١٠) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٢.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١١.
(١٢) رياض المسائل: في أنّه هل تورث الشفعة؟ ج ١٢ ص ٣٣٩.
(١٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٤.
(١٤) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.

وكان للباقين أخذ الجميع أو الترك.

فيه تردّداً ضعيفاً. وفسّره في «المسالك» باحتمال سقوط حقّ الآخر بعفو صاحبه وإن لم نقل بذلك في الشريكين، لأنّ الوارث يقوم مقام المورّث، فعفوه عن نصيبه كعفو المورّث عن البعض فيسقط الباقي، قال: بل لم يذكره كثير[1]. قلت: هذا أحد وجهي الشافعية، ذكره لهم في «التذكرة[2]» وأشار إليه في «المبسوط[3]» فلا معنى لقوله في «المفاتيح[4]»: قيل ولا لقوله في «الكفاية[5]» إنّه المشهور، لأنّ كلّ مَن تعرّض له ـ وهم مَن عرفتهم ـ حكم به من دون تردّد، ولا نقل خلاف إلّا ما سمعته عن الشرائع.

ووجه ما عليه الأصحاب ظاهر، لأنّ الحقّ للجميع فلا يسقط حقّ واحد بترك غيره. ووجه ضعف الاحتمال أنّ الشركاء في الإرث يصيرون بمنزلة الشركاء في أصل الشفعة، لأنّها شفعة واحدة بين الشركاء بإرث أو شركة ولا يسقط حقّ البعض بعفو البعض، لأنّه عفا عن كلّ حقّه فلم يسقط حقّ شريكه، بخلاف عفو المورّث عن بعض نصيبه فإنّ حقّه في المجموع من حيث المجموع لا في الأبعاض، فعفوه عن بعض حقّه كعفوه عن جميعه*.

قوله: ﴿وكان للباقين أخذ الجميع أو الترك﴾ لأنّها إنّما شرّعت لإزالة

---

* ـ ولعلّ الأصل في الاحتمال أنّه انتقل إليهم على حدّ الإرث وأنّهم يأخذون للمورّث كما تقدّم، كما نبّه عليه في «المسالك». منه.

---

(١) مسالك الأفهام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣.

(٤) مفاتيح الشرائع: في توارث حقّ الشفعة ج ٣ ص ٨٢.

(٥) كفاية الأحكام: في مسائل من الشفعة ج ١ ص ٥٤٩.

أمّا لو عفا الميّت أو أخّر الطلب مع إمكانه فإنّها تبطل.

الضرر بالشركة، ولو أجزنا له ذلك تطرّق الضرر إلى المشتري بيقائها وتبعّض الصفقة عليه. وقد صرّح بالحكم في «المبسوط» وما ذكره بعده آنفاً[١] ما عدا التذكرة ومجمع البرهان. وهو قضية كلام «المبسوط[٢]» في موضع آخر حيث قال: فإذا عفا أحدهما توفّر حقّه على شريكه. وأمّا «التذكرة» فإنّه بعد أن وافق قال فيها: والوجه أنّ حق العافي للمشتري لأنّهما لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له بخلاف حدّ القذف فإنّه وضع للزجر فللّه تعالى فيه حقّ[٣]. قلت: فيكون كالقصاص. وهذا اختيار أبي عليّ فيما إذا عفا أحد الشركاء بالأصالة. وقد تقدّم ذِكره[٤] في فروع الكثرة لكنّهم جميعاً هناك أطبقوا على خلافه. وأمّا «مجمع البرهان» فقد قال فيه: ليس للباقين أخذ حصّتهم فقط، وفيه تأمّل فإنّ الأصل والاستصحاب يقضيان بجواز أخذ الحصّة فقط، ولعلّ عدم التبعيض مجمع عليه، انتهى[٥].

ويردّ ما في «التذكرة» وأبا عليّ أنّ الشفعة لا تنتقل بعفوٍ ولا بتمليك مالكها، ولهذا لو عفا عنها لمن لا حقّ له فإنّه لا يستحقّها والشريك إنّما استحقّها جميعها بسبب شركته لا بسبب عفو شريكه[٦].

قوله: ﴿أمّا لو عفا الميّت أو أخّر الطلب مع إمكانه فإنّها تبطل﴾ يريد أنّ عفو أحد الورّاث ليس كعفو الوارث، لأنّها تبطل بعفو الثاني

---

(١) راجع ص ٧٠٧.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.
(٤) تقدّم في ص ٥٠٧.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الشفعة ج ٩ ص ١١.
(٦) كما في جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٩.

ولو عفا أحد الورّاث وطالب الآخر فمات المطالب وورثه العافي فله الأخذ بالشفعة على إشكال.

دون الأوّل كما هو واضح ممّا تقدّم[1].

قوله: ﴿ولو عفا أحد الورّاث وطالب الآخر فمات المطالب وورثه العافي فله الأخذ بالشفعة على إشكال﴾ أصحّه أنّ له ذلك كما في «الإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]». وحكى في «الحواشي[4]» عن ولد المصنّف أنّه قال: إنّه قول أصحابنا. ولعلّه سمعه منه شفاهاً إذ لا تعرّض له في الإيضاح ولا في شرح الإرشاد، ثمّ إنّا لم نجد أحداً تعرّض له غير هؤلاء وإن كان الحكم إجماعيّاً مقطوعاً به عند القائلين بأنّها موروثة. ووجهه أنّ المطالب يستحقّ الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه، ولا يضرّ عفو الوارث عن حقّه قبل ذلك، لأنّ هذا حقّ آخر تجدّد يستحقّ به لذاته لمكان الشركة كمال الشفعة، ولا مدخل لعفوه فيه بنفيٍ ولا إثبات، أمّا النفي فلأنّهما حقّان غير أنّ هذا بالإرث من أبيه وهذا من أخيه فلا يسقط أحدهما بسقوط الآخر، وأمّا الإثبات فلأنّ المطالب إنّما استحقّ بعد عفو أخيه كمال الشفعة باعتبار شركته، ولا مدخل فيها لعفو أخيه، لما سمعته آنفاً من أنّها لاتنتقل بعفوٍ ولا تمليك وبعد اللتيا والّتي قلنا: إنّها تنتقل بالإرث.

إذا تمهّد هذا عرفت أنّ ما قاله الشهيد في «حواشيه[5]» ليس في محلّه، قال: فيه نظر، لأنّه إمّا أن يأخذ نصيبه ونصيب الميّت أو نصيب الميّت وحده، والثاني محال لاستلزامه تبعيض الصفقة، والأوّل يستلزم أن يكون قد عفا عن شفعة استحقّها

---

(١) تقدّم في ص ٧٠٧ ـ ٧٠٩.

(٢) إيضاح الفوائد: في مسقطات الشفعة ج ٢ ص ٢٢١ وفيه ذِكر القولين من دون ترجيح.

(٣) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٩.

(٤ و٥) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة.

بمعنى أنّه له أخذها بعد العفو وهو لم يرد شرعاً، انتهى. لأنّا نختار الأوّل بالتحرير الّذي عرفته، سلّمنا أنّ نصيب العافي استحقّه الآخر المطالب بالعفو وأنّ العفو جزء مملّك لا شرط، لكنّا نقول: إذا انتفى استحقاق الباقي من الأخوين الشفعة بسبب عفوه فلا ينتفي استحقاقه بسبب الإرث، لأنّه سبب آخر جديد، وليس هو أبعد حالاً ممّن لا يستحقّ شفعةً أصلاً ورأساً إذا انتقلت إليه بالإرث. وقد نبّه على ذلك في «جامع المقاصد[١]» وممّا حكيناه عن الشهيد يعرف الوجه الثاني من الإشكال.

قوله: ﴿ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة﴾ كما في «التذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤]» لأنّ الوارث هو المالك للشقص المتروك، قال في «جامع المقاصد»: هذا بناءً على أنّ التركة تنتقل إلى الوارث وإن استغرقها الدَين. قلت: قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميّت وغيرهم على تقدير الاستيعاب وعدمه على أنّ المحاكمة للوارث فيما يدّعيه وما يدّعى عليه وأنّه لو أقام شاهداً بدَينٍ حلف هو دون الديّان وأنّه أولى بالعين إذا أرادها، ومن المعلوم أنّ الإنسان لا يحلف لإثبات حقّ غيره فيكون مستثنى، فإثبات الشفعة له هنا إمّا لأنّها مستثناة كذلك، وإمّا لأنّه يملك بمجرّد ذلك، أو لأنّه وليّ الميّت فكان له أن يأخذها كوليّ الطفل. ثمّ إنّ الشيخ[٥] والجماعة[٦] القائلين ببقائها على حكم مال الميّت لم يذكروا هذا الفرع، ولعلّه لأنّه لا شفعة له، وهو كذلك على المختار.

(١ و ٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨١.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧.

(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٣، والنهاية: في الشفعة ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

(٦) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩، والمهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.

ولو بيع بعض ملك الميّت في الدَين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة، وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في الدَين.

[فيما لو بيع بعض ملك الميّت لدَينه]

قوله: ﴿ولو بيع بعض ملك الميّت في الدَين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة﴾ كما في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5]» قال في الأخير: لأنّ البيع في الحقيقة لملك الوارث. وقال في «المبسوط»: لأنّ ملك الورثة بمنزلة المتأخّر عن البيع والملك الحادث بعد البيع لا يستحقّ به الشفعة، انتهى. قلت: معناه أنّه ليس بمالك الآن، لأنّ التركة على حكم مال الميّت، ولا يملك الوارث إلّا بعد قضاء الدَين، فيكون ملكه متأخّراً. ولو قلنا إنّ الوارث يملك الزائد عن قدر الدَين قام احتمال ثبوتها لأنّه شريك.

قوله: ﴿وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في الدَين﴾ أي لا شفعة له كما في «التذكرة[6] والتحرير[7] والدروس[8] وجامع المقاصد[9]» لأنّ البيع لبعض ماله كما في «جامع المقاصد» وإن قلنا إنّها باقية على حكم مال الميّت ثبتت الشفعة. وبه صرّح في «المبسوط[10]» جازماً به، لأنّه الآن غير مالك بل هو شريك.

(١ و١٠) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٥.
(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٥٣.
(٣ و٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧.
(٤ و٨) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.
(٥ و٩) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصّى به ثمّ مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقّه، ويدفع الثمن إلى الورثة، وبطلت الوصية لتعلّقها بالعين لا البدل.

ولو وصّى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحقّ الشفعةالورثة، ويحتمل الموصى له إن قلنا: إنّه يملك بالموت،

[فيما لو وصّى بشقصٍ فيه شفعة]

قوله: ﴿ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصّى به ثمّ مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقّه، ويدفع الثمن إلى الورثة، وبطلت الوصية لتعلّقها بالعين لا البدل﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» لأنّ الوصية به لا تزيد عن بيعه ووقفه ونحو ذلك بل هي أخفّ. وقد تقدّم أنّ للشفيع الآخذ بشفعته لسبق حقّه وإبطال جميع ذلك.

قوله: ﴿ولو وصّى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحقّ الشفعة الورثة، ويحتمل الموصى له إن قلنا إنّه يملك بالموت﴾ الوجهان المبنيّان على أنّ القبول هل هو كاشف كما هو المشهور أو ناقل؟ وبيانه أنّه لو أوصى بشقصه لزيد ثمّ مات فباع شريكه حصّته من آخر قبل قبول الموصى له وردّه ففي مستحقّ الشفعة وجهان بل قولان: أحدهما أنّه الورثة، لأنّ الملك ينتقل إليهم بالموت ولا يستحقّ الموصى له إلّا بالقبول، وهذا مبنيّ على

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مسقطات الشفعة ج ١٢ ص ٢٩٠.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.
(٣) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.
(٤) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٠.

فإذا قبِل الوصية استحقّ المطالبة، لأنّا بيّنّا أنّ الملك كان له، ولا يستحقّ المطالبة قبل القبول، ولا الوارث، لأنّا لانعلم أنّ الملك له قبل الردّ، ويحتمل مطالبة الوارث، لأنّ الأصل عدم القبول وبقاء الحقّ،

أنّ القبول ناقل. والثاني: أنّ المستحقّ هو الموصى له، وهو مبنيّ على أنّ القبول يكشف عن الملك بالموت كما أنّ عدمه ينكشف بالردّ، فالنماء المتجدّد بين الموت والقبول للوارث على الأوّل وللموصى له على الثاني. وقد صرّح بالاحتمالين وعلى بنائهما على الأمرين في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]».

قوله: ﴿فإذا قبِل الوصية استحقّ المطالبة، لأنّا بيّنّا أنّ الملك كان له﴾ ويعتبر القبول على الفور، إذ لا يعدّ تأخيره عذراً كما نبّه عليه في «الدروس[5]» وصرّح به في «جامع المقاصد[6]».

قوله: ﴿ولا يستحقّ المطالبة قبل القبول﴾ لأنّ ملكه وإن ثبت بالموت لكنّ الكاشف عنه هو القبول، فقبله لم يتحقّق ملكه. قال في «الدروس»: وهل يكون ذلك عذراً في التأخير؟ الأقرب لا[7]. ولو قلنا إنّ القبول ناقل فلا بحث، لأنّ ملكه يحدث بالقبول.

قوله: ﴿ولا الوارث، لأنّا لا نعلم أنّ الملك له قبل الردّ﴾ أي ولا يستحقّ الوارث المطالبة على القول بالكشف، لأنّ ملكه لا يعلم قبل الردّ.

قوله: ﴿ويحتمل مطالبة الوارث، لأنّ الأصل عدم القبول وبقاء

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٨.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.
(٣ و ٥ و ٧) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.
(٤ و٦) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٠ ـ ٤٥١.

فإذا طالب الوارث ثمّ قبِل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً، لظهور عدم استحقاق المطالب.

الحقّ﴾ كما في «التذكرة[١] والتحرير[٢] والدروس[٣]» وهذا الاحتمال مقابل قوله «ولا الوارث». وناقش المصنّف في «جامع المقاصد» بأنّه ليس هنا أصل يرجع إليه فإنّه كما أنّ الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالأصل عدم الردّ الكاشف عن ملكية الوارث والموت صالح لتمليك الموصى له ولتمليك الوارث لمكان الوصية المستعقبة للقبول والردّ، فليس هناك حقّ لأحدهما يستصحب بقاؤه، انتهى[٤]. قلت: الإرث هو الأصل، لأنّه لا يتوقّف على شرط، وإنّما يعدل عنه في صورة واحدة، وهي ما إذا أوصى له وقبل، وأمّا إذا ردّ الموصى له أو لم يعلم حاله فالمال للوارث قبل أم لم يقبل، فالموت مملّك للوارث قهراً من دون شرط وصالح لتمليك الموصى له بشرط القبول، وهو حادث والأصل عدمه، وقد كان للوارث تعلّق بالمال واستحقاق له من يوم مرض مورّثه. ولهذا يتوقّف نفوذ ما زاد على الثلث على إجازته في حياة مورّثه، والأصل بقاء ذلك حتّى يعلم المزيل، ولا علم قبل حدوث القبول، ولهذا قال في «التحرير[٥]»: إنّ هذا الاحتمال أقرب.

قوله: ﴿فإذا طالب الوارث ثمّ قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً، لظهور عدم استحقاق المطالب﴾ كما في «التذكرة[٦] والتحرير[٧] والدروس[٨] وجامع المقاصد[٩]» لأنّه الشفيع في نفس الأمر.

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.
(٢ و٥ و٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٨.
(٣ و٨) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.
(٤ و٩) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٢.

ويحتمل أنّ المشفوع للوارث، لأنّ الموصى به إنّما ينتقل إليه بعد أخذ الشفعة.

ولو لم يطالب الوارث حتّى قبِل الموصى له فلا شفعة للموصى له، لتأخّر ملكه عن البيع،

قوله: ﴿ويحتمل أنّ المشفوع للوارث، لأنّ الموصى به إنّما ينتقل إليه بعد أخذ الشفعة﴾ كما في «التذكرة[1]» وبناه في «التحرير[2]» على القول بأنّه لا يملك بالموت وإنّما يملك بالقبول، وهو هنا وفي «التذكرة» كذلك، لأنّ العبارة فيهما في المسألة واحدة من دون تفاوت، لأنّه لا يتفرّع على كون القبول كاشفاً وليس هو معادلاً لواحد من القولين، بل هو عين الأوّل، فكأنّه قال: وعلى الأوّل يكون المشفوع للوارث، لأنّ الموصى به حين الموت ملك الوارث وإنّما انتقل عنه إلى الموصى له بقبوله وذلك بعد الأخذ بالشفعة. هذا وقد قال المصنّف في مسألة قبل آخر مسألة في باب الوصايا: لو أوصى بالشقص الّذي يستحقّ به الشفعة فحقّ الشفعة للوارث لا الموصى له[3]. وفي «الحواشي[4]» أنّ المنقول أنّها للوارث مطلقاً.

قوله: ﴿ولو لم يطالب الوارث حتّى قبِل الموصى له فلا شفعة للموصى له، لتأخّر ملكه عن البيع﴾ أي لو لم يطالب الوارث لعدم علمه أو لعذر غيره حتّى قبِل الموصى له فلا شفعة له ـ أي الموصى له ـ كما في «التذكرة[5]

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٨.
(٣) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٧٤.
(٤) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

وفي الوارث وجهان مبنيّان على مَن باع قبل علمه ببيع شريكه.

ولو اشترى المرتدّ عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع،

والتحرير[1] والدروس[2] وجامع المقاصد[3]» وهو ممّا لا ريب فيه بناءً على النقل.

قوله: ﴿وفي الوارث وجهان مبنيّان على مَن باع قبل علمه ببيع شريكه﴾ كما في «التذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6]» وقد تقدّم هناك[7] أنّ الأصحّ البطلان.

[حكم الشفعة فيما لو اشترى المرتدّ]

قوله: ﴿ولو اشترى المرتدّ عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع﴾ لأنّه بردّته تزول الأملاك عنه في الحال، وذلك دليل على عدم صلاحيّته للتملّك، لامتناع خروج أملاكه مع بقاء صلاحيّته للتملّك. وقال في «جامع المقاصد»: سيأتي في أحكام المرتدّ عن فطرة هل يدخل في ملكه شيء بعد الردّة بسبب من الأسباب المملّكة أم لا؟ وأنّ في ذلك خلافاً بين الأصحاب[8]. قلت: لانجد خلافاً في ذلك بعد التتبّع ولا حكاه كاشف اللثام ولا غيره وإنّما حكي في «بعض الحواشي[9]» عن الشهيد ولم نجده له، وإنّما يذكرون[10] ذلك احتمالاً في

(١ و ٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٨.

(٢) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.

(٣ و ٦ و ٨) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.

(٧) تقدّم في ص ٦٩٨ ـ ٧٠٠.

(٩) حواشي الشهيد: في القصاص ص ١٨٦ س ٢ ـ ٣.

(١٠) منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام: الحدود في أحكام المرتدّ ج ١٠ ص ٦٧٣، والشهيد ←

وعن غير فطرة تثبت الشفعة.

ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة، لأنّ أحدهم ربّ المال والآخر عامل،

باب الحدود، وقد رماه في «الإيضاح[1]» بالضعف. ثمّ إنّ هذا الاحتمال بين احتمالين وهو أنّه يملك وينتقل بعده إلى الوارث أو الإمام أو أنّه يملك في الحال وينتقل عنه في الحال إلى أحدهما، فيكون الحفظ أضعف من الإيجاد والاكتساب، فإذا كان كذلك فالبيع باطل واستحقاق الشفعة فرع تحقّق البيع.

قوله: ﴿وعن غير فطرة تثبت الشفعة﴾ إذا كان الشراء قبل الحجر إن قلنا بتوقّفه على حكم الحاكم، وإن قلنا بثبوته بمجرّد الردة، لأنّ علّته الارتداد فلا يتخلّف كان تصرّفه باطلاً أو موقوفاً على التوبة أو إجازة الحاكم، وكذلك إذا قلنا بتوقّفه على حكم الحاكم وكان التصرّف بعده.

[فيمالو قارض أحد الشركاء بعضهم فاشترى من آخر نصف نصيبه]

قوله: ﴿ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة، لأنّ أحدهم ربّ المال والآخر عامل﴾ إذا كان الشركاء ثلاثة فقارض أحدهم الآخر على مال فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث في المشترك فلا شفعة لأحدهم، أمّا البائع فظاهر، إذ لا يملك الشفعة فيما باعه، وكذا ربّ المال، إذ لا يملك بالشفعة فيما اشتراه، والعامل بالنسبة

← في الدروس الشرعية: في أحكام المرتدّ ج ٢ ص ٥٤، وفخر الإسلام في الإيضاح: الحدود في المرتدّ ج ٤ ص ٥٥٤.

(١) إيضاح الفوائد: الحدود في المرتدّ ج ٤ ص ٥٥٤.

إليه كالشريكين في المبتاع فلا يستحقّ أحدهما على الآخر شفعة، كذا قال في «التذكرة[١]» ونحوه ما في «التحرير[٢]».

وقال في «جامع المقاصد[٣]»: فيه نظر، فإنّ مال القراض الّذي اشترى به إذا لم يكن للعامل فيه شيء، يقع الشراء لمالكه وليس للعامل شيء، فيكون شفيعه هو العامل، ولا مانع له من الأخذ بالشفعة على قول وعلى قول الشفيع كلّ من العامل ومالك مال القراض. هذا إذا لم يكن ربح أو كان وقلنا إنّ العامل لا يملك بالظهور، وإن قلنا يملك بالظهور فله من الشقص بمقدار استحقاقه من الشفعة على القول باشتراكهما فيها ـ أي الشفعة ـ فإن زاد حقّه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق. وعلى هذا فالعامل إنّما يأخذ بعض الشقص بالشفعة فله حينئذٍ أُجرة المثل. ولاشكّ أنّ ما ذكره هنا لا ينطبق على ما سبق من كلامه.

ونحن نقول: لمّا كان غرض العامل التكسّب وهو لا يحصل إلّا ببيع المال والتقلّب فيه فإذا اشتراه للمالك على هذا الوجه كان راضياً بالبيع مسقطاً لحقّه قطعاً، وليس لك إلّا أن تقول إنّ العامل وكيل وقد تقدّم[٤] أنّه لا تسقط شفعته. ويجاب بأنّهما مختلفان في الغاية، إذ غاية الوكيل تمليك موكّله، فجاز جعله ذلك تمهيداً ومقدّمةً للأخذ بالشفعة، وغاية العامل الاكتساب والارتباح ببيع المال، وذاك ينافيه الأخذ بالشفعة. فعبارة الكتاب على هذا التفسير خالية عن كلّ وصمة، والّذي سبق للمصنّف[٥] أنّ صاحب القراض يملك بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو

---

(١) تذكرة الفقهاء: في القول بالشفعة مع الكثرة ج ١٢ ص ٣٤٧.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٣.

(٣) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٤.

(٤) تقدّم في ص ٤٧١ ـ ٤٧٤.

(٥) تقدّم في ص ٤٨٤ ـ ٤٨٧.

فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبيّ فالشفعة أخماساً، لكلٍّ من المالك والعامل خمسان، ولمال المضاربة خمس السدس الّذي له إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة.

كان، لأنّ العامل لا يملك بالبيع وإنّما يملك بظهور الربح وهو ليس بيعاً، وأنّ للمالك فسخ المضاربة وإعطاءه الأُجرة، ولا منافاة في ذلك لما هنا على ما فسّرنا.

ويبقى الكلام في عبارتي «التذكرة والتحرير» حيث تضمّنتا أنّهما كالشريكين في المبتاع وأنّه لا يستحقّ أحدهما على الآخر شفعة، فيمكن أن يكون غرضه فيهما الردّ على الشيخ في «المبسوط» حيث جعل العامل وكيلاً للمالك وأثبت له عليه الشفعة، قال: نظرت فإن لم يكن في المال ربح كان له أخذه بالشفعة لأنّه وكيل المشترى له بالبناء للمفعول، وإن كان في المال ربح فهي مبنية على قولين متى يملك العامل حصّته من الربح، فإن قلنا لا يملك حصّته بالظهور أخذ الكلّ بالشفعة وردّ الفاضل في مال القراض، ومن قال يملك حصّته بالظهور وهو مذهبنا أخذ أصل المال وحصّة رب المال بالشفعة. وأمّا حصّته فقد قيل فيها ثلاثة أوجه على ماذكرنا إذا كان الشفيع ربّ المال، انتهى[1]. وقد ذكر هناك قولاً بأنّه يأخذها بملك الرقبة لا بالشفعة وقولاً بأنّه يأخذها بالشفعة وقولاً بأنّه لا يأخذها بالشفعة ولا بغيرها، ولم يرجّح واحداً منهما، وقد حكينا هذا عنه فيما سلف[2]، ولا يخفى ما في كلامه. وكيف كان، فتحرير المسألة ما ذكرناه، فينزّل عليه ما يقبل التنزيل وما لا يقبله لا تقبله.

[فيما لو اشترى الآخر من الثالث باقي نصيبه]

قوله: ﴿فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبيّ فالشفعة أخماساً،

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٨.

(٢) تقدّم في ص ٤٨٥ ـ ٤٨٨.

ولو باع أحد الثلاثة حصّته من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري، ويحتمل التسوية.

لكلٍّ من المالك والعامل خمسان، ولمال المضاربة خمس السدس الّذي له إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة﴾ لأنّ المال مشترك بينهم أثلاثاً في يد كلٍّ منهم ثلث، فلمّا باع الثالث نصف نصيبه للعامل وهو السدس صار ذلك السدس لصاحب المال، فلمّا باع نصف نصيبه للباقي وهو السدس أيضاً على أجنبيّ كانت شفعة ذلك السدس مقسومة على خمسة أسهم على القول بالقسم على قدر السهام وفي يد ربّ المال ثلث من الأوّل ونصف الثلث، وهو السدس المشترى بمال المضاربة، فكان في يده ثلاثة أسداس وفي يد الأوّل سدسان، وما زاد في «التحرير[1]» على قوله: ولو باع الثالث باقي نصيبه على أجنبيّ ثبتت لهما الشفعة.

وقال في «جامع المقاصد[2]»: ربما يسأل عن سبب إفراد مال المضاربة بالذِكر مع أنّه ملك لصاحب مال القراض فيجاب بأنّه بناءً على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شيء فإنّه بمنزلة شريك آخر، لأنّ حكمه متميّز عن مال كلّ واحدٍ منهما. قال: وفيه نظر، لأنّه مال المالك حقيقة، فإن لم يكن ربح فلا بحث، وإن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به وللعامل الأُجرة فالمشفوع لمال القراض حقّ المالك، انتهى. وأنت قد عرفت أنّ سبب إفراده بالذِكر أنّ المسألة مبنية على القول بالقسم على السهام لا على الرؤوس وعرفت حال كلامه الأخير على أنّه لا يطابق ما سلف له آنفاً من أنّ العامل يأخذه ـ أي السدس الأوّل ـ بالشفعة، فتأمّل.

[فيما لو باع بعض الشركاء بعضهم نصيبه]

قوله: ﴿ولو باع أحد الثلاثة حصّته من شريكه استحقّ الثالث

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٣.

(٢) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٥.

الشفعة دون المشتري، ويحتمل التسوية﴾ قد تقدّم الكلام في ذلك في الفرع الثالث[١] من فروع الكثرة حيث قال: لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحقّ الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة، وقلنا هناك: إنّ القول الأوّل خيرة «الخلاف» في موضع منه و«الدروس» وإنّ القول الثاني خيرة «الخلاف» في موضع آخر و«المبسوط» وجماعة. وقد احتجّ عليه في «جامع المقاصد» بأنّهما مشتركان في العلّة الموجبة لها، ولا يمتنع أن يستحقّ تملّك الشقص بسببين البيع والشفعة، لأنّ علل الشرع معرّفات وأنّ للشفعة أثراً آخر، وهو منع الشريك الآخر تملّك مقدار مشفوعه بالشفعة ولا مانع منه.

وقلنا: إنّ الأصل في الوجه الأخير «المبسوط والتحرير والدروس» قالوا: إنّه يمنع الغير من أخذ نصيبه لا بمعنى أنّه يأخذ من نفسه، وقلنا: إنّه قد يخدش بأنّ استحقاق الملك ومنع الشريك معلولا علّة واحدة، وهي استحقاق الشفعة، فيمتنع تخلّف أحدهما عن الآخر، وقد امتنع الأوّل من جهة استلزامه المحال فينبغي أن يمتنع الآخر، وقد أجبنا عنه بأنّ مثله في الشرع كثير كما في القصر والإفطار، فإنّهما معلولان لقطع المسافة، وقلنا: بل قد يخالف حكم أحد المعلولين حكم الآخر وحكم علّته كحزّ الرقبة عدواناً فإنّه علّة للقتل الّذي هو حرام ولرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الّذي هو حلال، إلى غير ذلك ممّا يترتّب على شرب الخمر ونحوه.

وقلنا: إنّ قوله في «جامع المقاصد»: «لا يمتنع أن يستحقّ» غير جيّد، لأنّ الاستحقاق بالشفعة مترتّب على الشراء، فليسا علّتين لمعلولٍ واحد، لأنّه إنّما ملكه بالشراء أوّلاً وبعد الشراء استحقّه بالشفعة، ثمّ إنّه على تقدير اجتماع العلّتين بعد الشراء فأثرهما مختلف، لأنّ الشراء علّة في نقل الملك وأثر الاستحقاق بالشفعة

---

(١) تقدّم في ص ٥٠٤ ـ ٥٠٧.

فإن باع المشتري على أجنبيّ ولم يعلم الثالث بالبيعين، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه، إذ لاشريك له في الشفعة،

قراره، فأحدهما غير الآخر وجوداً وأثراً. ويتفرّع على القول الأوّل أنّ الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع، وعلى الثاني هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك.

[فيما لو باع المشتري المشترى بأجنبيّ]

قوله: ﴿فإن باع المشتري على أجنبيّ ولم يعلم الثالث بالبيعين، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه، إذ لا شريك له في الشفعة﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» وهو تفريع على القول بالتسوية.

وإيضاحه أنّه لو باع المشتري على أجنبيّ الثلث، وهو قدر ما اشتراه، والمراد به ثلث الأصل وهو نصف ما صار بيده، لأنّه قد كان في يده ثلث واشترى حصّة شريكه فصار في يده ثلث آخر، ولم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الأخذ بالشفعة باعتبار كلّ واحد من العقدين، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الأجنبيّ، إذ لا شفيع سواه، لأنّ الشريك الآخر هو البائع ولاشفعة له، إذ لا يستحقّ البائع الشفعة على ما باعه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٤.

(٣) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٦.

وإن أخذ بالأوّل أخذ نصف المبيع وهو السدس، لأنّ المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الأوّل ونصفه من الثاني، لأنّ شريكه لمّا اشترى الثلث كان بينهما، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده ــ وفي يده ثلثان ــ فقد باع نصف ما في يده، والشفيع يستحقّ ربع ما في يده وهو السدس، فصار منقسماً في أيديهما نصفين، فيأخذ من كلّ واحدٍ منهما نصفه وهو نصف السدس، ويرجع المشتري الثاني على الأوّل بربع الثمن، وتكون المسألة من اثني عشر، ثمّ ترجع إلى أربعة، للشفيع النصف، ولكلّ واحدٍ الربع.

قوله: ﴿وإن أخذ بالأوّل أخذ نصف المبيع وهو السدس، لأنّ المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الأوّل ونصفه من الثاني، لأنّ شريكه لمّا اشترى الثلث كان بينهما، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده، والشفيع يستحقّ ربع ما في يده وهو السدس، فصار منقسماً في أيديهما نصفين، فيأخذ من كلّ واحدٍ منهما نصفه وهو نصف السدس، ويرجع المشتري الثاني على الأوّل بربع الثمن، وتكون المسألة من اثني عشر، ثمّ ترجع إلى أربعة، للشفيع النصف، ولكلّ واحدٍ الربع﴾ كما في الكتب الثلاثة المتقدّمة[1] و«الحواشي[2]» والأمر في ذلك واضح، وذلك لأنّ الشريك لمّا اشترى الثلث كان بينهما كما تقدّم[3]، فإذا باع ثلث الأوّل ممّا في يده، وفي يده

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩، وتحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٥، وجامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٧.

(٢) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٣) تقدّم في ص ٥٠١ ـ ٥٠٣.

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأوّل، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع، ويدفع إلى الأوّل نصف الثمن الأوّل وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني، ويرجع الثاني على الأوّل بربع الثمن الثاني، لأنّه يأخذ نصف ما اشتراه الأوّل وهو السدس، فيدفع إليه نصف الثمن كذلك، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه، ويرجع الثاني على الأوّل بثمنه، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فيأخذها منه ويدفع إليه ثلاثة أرباع الثمن.

ثلثان: أحدهما ملك سابق، والآخر متجدّد بالشراء، فقد باع نصف ما في يده شائعاً، فيكون المبيع نصف ملكه القديم ونصفه الجديد بمقتضى الإشاعة، والشفيع يستحقّ ربع ما في يده وهو السدس فإنّه ربع الثلثين، فبمقتضى الإشاعة يكون نصفه في يد المشتري الأوّل ونصفه في يد المشتري الثاني، لاستواء ما باعه المشتري الأوّل وما بقي في يده، فيبطل البيع الثاني في نصف سدس، لأنّه يأخذ بالعقد الأوّل، وقد تعلّق بنصف سدس الأصل في يد الثاني، فيرجع المشتري الثاني على الأوّل بحصّته من الثمن لبطلان البيع فيه وهو ربع الثمن، فتكون المسألة من اثني عشر، لأنّ فيها نصف سدس هو أدقّ كسر فيها ومخرجه من اثني عشر، منها سهمان للشفيع وهما السدس، مضافاً إلى سهمه من الأصل وهو الثلث، فيكمل له نصف، وللمشتري الثاني ثلاثة أرباع الثلث وهو ربع، فيبقى في يد المشتري الأوّل ربع الأصل، فترجع المسألة إلى أربعة، فيصير معهما النصف ومع الشفيع النصف.

قوله: ﴿وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأوّل، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ويدفع إلى الأوّل نصف

الثمن الأوّل وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني، ويرجع الثاني على الأوّل بربع الثمن الثاني، لأنّه يأخذ نصف ما اشتراه الأوّل وهو السدس، فيدفع إليه نصف الثمن كذلك، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه، ويرجع الثاني على الأوّل بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فيأخذها منه ويدفع إليه ثلاثة أرباع الثمن» كما في الكتب الأربعة المتقدّمة[1]. والأمر في هذه يرجع إلى اليقين لكنّه يحتاج إلى نظر في الجملة.

وقد أوضحه في «جامع المقاصد» قال: وإن أخذ بالعقدين معاً صحّ فيأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأوّل، وهو السدس، وقد عرفت أنّ نصفه دخل في العقد الثاني، فينفسخ العقد الثاني فيه، فيأخذه مع ربع ما في يد الأوّل، وهو نصف السدس أيضاً بالعقد الأوّل ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني، وهو ثلاثة أرباع ما اشتراه بالعقد الثاني، لأنّ ذلك هو ما صحّ فيه العقد الثاني، فيكمل له ـ أي الشفيع ـ ثلاثة أرباع الأصل ولشريكه ـ أعني المشتري الأوّل ـ الربع، ولا شيء للثاني، وذلك لأنّه اجتمع له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثاني ربعه بالعقد الأوّل وثلاثة أرباعه بالعقد الثاني، وهو ثلث الأصل وربع ما في يد المشتري الأوّل، وهو نصف سدس، وذلك ثلثان ونصف سدس، وهو تسعة من اثني عشر، فيبقى لشريكه ـ وهو المشتري الأوّل ـ ثلاثة هي الربع، ثمّ إنّه يدفع إلى المشتري الأوّل نصف الثمن الأوّل، لأنّه أخذ نصف مبيعه وهو خمسة مثلاً، لأنّا نفرض الثمن عشرة وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن وهو تسعة مثلاً،

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٧٠، وتحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٥، وجامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٨، ولم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

لأنّا نفرض الثمن اثني عشر، لأنّ العقد الثاني انفسخ في ربع المبيع، لأنّه أخذه بالأوّل كما قرّرناه، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأوّل بربع الثمن الثاني وهو الّذي انفسخ العقد في مقابله من المبيع، فلم يبق في مقابله شيء. وإنّما قلنا إنّه يدفع إلى الأوّل نصف الثمن الأوّل وإلى الثاني ثلاثة أرباعه ... إلى آخره لأنّ الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأوّل وهو السدس، فيدفع إليه نصف الثمن لأجل ذلك، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني، وهو ربع ما في يده فيأخذه منه، فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا، فيرجع الثاني على الأوّل بثمنه، وبقي المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، وذلك ظاهر.

واعلم أنّ قول المصنّف «لأنّه يأخذ نصف ما اشتراه الأوّل» تعليل لقوله «ويدفع إلى الأوّل نصف الثمن الأوّل وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع على الأوّل بربع الثمن الثاني» فبيّن به هذه الأُمور الثلاثة. والضمير في قوله «لأنّه» يعود إلى الشفيع، وقوله «فيدفع إليه نصف الثمن لذلك» فقد قال فيه في «جامع المقاصد» أكثر النسخ فيها «كذلك» بكافين ولا مرجع له حسن، وفي بعضها «لذلك باللام» أوّلاً وهو حسن[1]، فيكون تعليلاً لقوله «فيدفع إليه نصف الثمن» أي يدفع نصف الثمن لأجل أنّه يأخذ نصف ما في يده بالعقد الأوّل[2].

---

(١) لايخفى أنّ أخذ نصف الثمن ليس دليلاً على أخذه نصفه الآخر مع أنّ معنى «لذلك» ذلك وهو استدلالٌ مطرودٌ بلا دليل، ويشمّ منه حكم الزور. والصحيح أن يقال: إنّه كما يأخذ نصف الثمن كذلك يأخذ نصفه الآخر، وأمّا الدليل فلعلّه العلم باشتراك الدليلين أو الدليل الخاصّ، فممّا ذكرنا يظهر أنّ الأحسن ما عليه أكثر النسخ وهو «كذلك» لا «لذلك» فتأمّل جيّداً.

(٢) جامع المقاصد: في مسقطات الشفعة ج ٦ ص ٤٥٩.

الفصل الخامس: في التنازع

لو اختلفا في الثمن ولا بيّنة قُدّم قول المشتري مع يمينه،

﴿الفصل الخامس: في التنازع﴾

[فيما لو اختلفا في الثمن ولا بيّنة]

قوله: ﴿لو اختلفا في الثمن ولا بيّنة قُدّم قول المشتري مع يمينه﴾ كما في «المقنعة[1] والمراسم[2] والنهاية[3] والمبسوط[4] والكافي[5] والمهذّب[6] والغنية[7] والسرائر[8] وجامع الشرائع[9] والشرائع[10] والنافع[11] والتذكرة[12] والتحرير[13] والإرشاد[14] والتبصرة[15] والمختلف[16]» في ظاهره و«الدروس[17] واللمعة[18]

---

(١) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩.

(٢) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٣) النهاية: في الشفعة وأحكامها: ص ٤٢٥.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٥) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.

(٦) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

(٨) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٩) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(١٠) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(١١) المختصر النافع: في لواحق الشفعة ص ٢٥٠.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٢.

(١٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(١٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٥.

(١٥) تبصرة المتعلّمين: في الشفعة ص ٩٨.

(١٦) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٦.

(١٧) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

(١٨) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

والتنقيح[1] ومجمع البرهان[2]» وهو الّذي استقرّ عليه رأيه في «جامع المقاصد[3]» في المسألة الّتي بعد هذه، وكذلك «الإيضاح[4]» قال به فيه على الظاهر أو مال إليه. وفي «المسالك[5] والروضة[6]» وكذا «الكفاية[7]» أنّه المشهور. وفي «الرياض» أنّه المشهور، بل لا يكاد يوجد خلاف إلّا من ظاهر الشهيد الثاني وفاقاً للإسكافي، ثمّ قال: إنّه في المسالك لم يخالف صريحاً ولا ظاهراً[8].

وفي «الغنية» الإجماع عليه[9]. وقد يلوح الإجماع من «جامع المقاصد» حيث قال: فظاهر إطلاقهم[10]. ويرشد إليه ـ أي الإجماع ـ أنّه ما حكي الخلاف إلّا عن أبي عليّ حكاه في «الدروس[11]» ولم يحك في المختلف ولا غيره وأنّ كلّ من أفتى بالحكم أفتى به جازماً غير قائل على رأي ولا أنّه أشبه ولا أقرب ولا نحو ذلك. وقد أفتى به وفي «المقنعة[12] والنهاية[13] والمراسم[14]» اللواتي هنّ متون أخبار، وأفتى به مَن لا يعمل إلّا بالقطعيّات كالحلبيّ[15] والحلّي[16]، بل قد يظهر من

(١) التنقيح الرائع: في لواحق الشفعة ج ٤ ص ٩٦.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٢ ـ ٤٣.
(٣ و ١٠) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦١.
(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٣.
(٥) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٠.
(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٤.
(٧) كفاية الأحكام: في مسائل الشفعة ج ١ ص ٥٥٠.
(٨) رياض المسائل: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٩ و ٣٤١.
(٩) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.
(١١) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.
(١٢) المقنعة: في الشفعة ص ٦١٩. (١٣) النهاية: في الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥.
(١٤) المراسم: في أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(١٥) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.
(١٦) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

«الخلاف[١] والوسيلة[٢] وكشف‌الرموز[٣] والإيضاح[٤] وشرحي الإرشاد» للفخر[٥] والشهيد[٦] و«المهذّب[٧] والمقتصر[٨]» أنّ الأمر فيه واضح حيث إنّ بعض هؤلاء تعرّضوا لما إذا أقاما بيّنتين ولغير ذلك من الفروع ولم يتعرّضوا له، والبعض الآخر ـ أعني الشارحين والمحشّين ـ لم يتعرّضوا له وتعرّضوا لغيره قبله وبعده. والغرض أنّ المسألة ليست بتلك المكانة من الإشكال كما هي عند بعض[٩] المتأخّرين وبعض[١٠] متأخّريهم، ولم تعرف المناقشة من أحد قبل الشهيد[١١] في «حواشيه» وناقش في دليل «المبسوط[١٢] والسرائر[١٣] والشرائع[١٤] والتذكرة[١٥] والتحرير[١٦]» وغيرها[١٧] حيث قالوا: لأنّه ينتزع الشيء من يده، والمحقّق الثاني[١٨] ناقش في

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣١ مسألة ٦.

(٢) الوسيلة: في الشفعة ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

(٣) كشف الرموز: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٣.

(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الشفعة ص ٥٣ س ٢٦.

(٦) غاية المراد: في الشفعة ج ٢ ص ١٦٥.

(٧) المهذّب البارع: في الشفعة ج ٤ ص ٢٧٨.

(٨) المقتصر: في الشفعة ص ٣٤٨.

(٩) منهم الشهيد في الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٦ س ١١ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١٠) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج٦ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١، والطباطبائي في رياض المسائل: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(١١) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٦ س ١٢.

(١٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(١٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(١٤) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(١٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٢.

(١٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(١٧) كرياض المسائل: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٣٩.

(١٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١.

الدليل بأنّه لايجري في بعض صوَر المسألة، والمقداد[1] ناقش ثمّ رجع، وأطال الشهيد الثاني[2] في المناقشة، ورمى أدلّة الجانبين بالضعف في «الكفاية[3]» ولم يهجم أحد منهم على الجزم بالخلاف صريحاً ولا ظاهراً مطلقاً. ولصاحب «الكفاية» مذهب قال فيه في «الرياض»: إنّه خرقٌ للإجماع المركّب[4] ظاهر (ظاهراً ـ خ ل) وستسمعه[5] وتعرف من أين أخذه وأنّه جيّد جدّاً.

وكيف كان، فالدليل على ما عليه الأصحاب بالنسبة إلينا إجماع «الغنية» الّتي (الّذي ـ ظ) تطابقت عليه الفتاوى من دون خلاف إلّا من أبي عليّ الّذي لا يزال مخالفاً، واعتضد بالشهرات المنقولات والمعلومات وأنّ الشفعة على خلاف الأصل، فمع العجز عن الترجيح لو كان يجب المصير إلى ما عليه الأصحاب للأصل الآخر الّذي قد نبّه عليه في «المبسوط والسرائر» وما وافقهما بقولهم لأنّه ينتزع الشيء من يده كما ستسمع بيانه، وللأصل الّذي نبّه عليه في «الدروس» بقوله: لأنّه أعرف بالعقد[6]، وفي «المختلف[7]» وغيره[8] بأنّه الغارم. وقال في «مجمع البرهان»: لأنّه مقتضى الدليل، لأنّه الغارم ولأنّه ينتزع الشيء من يده، ولأنّه لو فتح باب أنّ القول قول الشفيع لجاء كلّ شفيع مع عدم البيّنة وادّعى أنّ الثمن قليل وأخذ الشقص بما ادّعاه[9].

---

(١) التنقيح الرائع: في لواحق الشفعة ج ٤ ص ٩٦.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧١ ـ ٣٧٤.

(٣) كفاية الأحكام: في مسائل الشفعة ج ١ ص ٥٥٠.

(٤) رياض المسائل: في لواحق الشفعة ج ١٢ ص ٣٤١.

(٥) سيأتي في ص ٧٣٥.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

(٧) لم نعثر عليه في المختلف وإنّما الموجود فيه قوله: «لأنّه العاقد فهو أعرف بالثمن» فراجع مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٦.

(٨) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٢.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٢.

قلت: يرد على هذا الأخير أنّه معارض بمثله، إذ لو أخذنا بقول المشتري لأمكن دفع الشفيع عن الشفعة بسهولة كأن يدّعي مبلغاً خطيراً. والأصل الّذي أشاروا إليه بقولهم «إنّه ينتزع من يده» هو الأصل الّذي أصّلوه في باب البيع والإجارة والقرض والرهن والوديعة وغيرها، وهو أنّ الأصل أن لا يخرج مال المسلم عن يده إلّا بقوله وأنّه المالك فلا يزال ملكه إلّا بما يدّعيه، وأنّ الأصل أنّ ملك المسلم الحرّ المحترم لا ينقل عنه إلّا برضاه وقوله. ولعلّ دليلهم عليه صحيحة إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام رجل قال لرجل لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا ولكنّها وديعة، فقال أبو عبدالله عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه [1]. ومثله قول أبي الحسن عليه السلام في الصحيح: المال لازم إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة [2].

وقد يقال [3]: إنّ هذا إنّما يتمّ بالنسبة إلى نفس العقد لا إلى مقدار الثمن كما تقدّم وذلك في آخر باب البيع [4]. ويمكن القول بالعموم.

وأوهن شيء ما ردّه به في «المسالك [5] والروضة [6]» من منع كون حكم المالك كذلك مطلقاً أي سواء ثبتت يده أو زالت ومع بقاء العين وعدمها. وقد أخذه من قوله في «جامع المقاصد [7]»: إنّه إنّما يجري فيما إذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري والعين باقية، فلو أخذ بالشفعة ورضي بالدفع فتلفت العين ثمّ وقع الاختلاف لم يجر فيه ما ذكره، مع أنّ فيه نظراً، لأنّ كونه مالكاً لا يقتضي سماع دعواه بيمينه،

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٨ من أحكام الرهن ح ١ ج ١٣ ص ١٣٩.
(٢) المصدر السابق: ب ٧ من أحكام الوديعة ح ١ ج ١٣ ص ٢٣٢.
(٣) لم نعثر على قائله.
(٤) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٩٧ ـ ٧٩٨.
(٥) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٢.
(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٤.
(٧) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٠.

لأنّ اليمين على من أنكر، انتهى. وقد أخذه من الشهيد في «حواشيه[1]».

قلت: ما نقض به خارج عن محلّ النزاع، لأنّه إنّما هو فيما إذا لم يأخذ الشفيع في المسألة وما بعدها كما هو ظاهر المصنّف فيما يأتي[2]. وقد اعترف بذلك في «جامع المقاصد[3]» في مسألة ما إذا كان الاختلاف بين المتبايعين. ولعلّه لأنّه بعد الأخذ بالشفعة الّذي لا يتمّ إلّا بتشخيص الثمن واتّفاقهما عليه ودفعه وخروج الشقص عن يده برضاه تلفت العين بعد ذلك أم لم تتلف ينعكس الأمر وينقلب الأصل.

وتحرير البحث أنّ قضية هذا الأصل أن يجري على إطلاقه في نفس العقد والثمن قبل القبض أو بعده وقد جزموا به في المسألة في الثمن متّفقين عليه، وفي غيرها اختلفوا، فبعضهم أجراه في العقد والثمن، وبعض في العقد دون الثمن، وبعض فيما إذا لم يخرج من يد المالك كما تقدّم ذلك في آخر باب البيع[4] وغيره. ولمّا رأيناهم اتّفقوا هنا على جريانه في الثمن نزّلنا كلامهم على ما إذا كان قبل القبض جمعاً بين وفاقهم وخلافهم مع موافقة القواعد، لأنّ لليد قوّة أرسى الشارع قواعد شرعه عليها، فمن كانت اليد له كان القول قوله. فليتأمّل في هذه في المقامات جيّداً. وإنّما قيّدنا تشخيص الثمن باتّفاقهما عليه، لأنّه لا تشخيص عند اختلافهما. والقول بأنّ الأخذ المعتبر في التملّك بذل الشفيع الثمن المتّفق على لزومه لذمّته غير جيّد، لأنّه بعضه عند المشتري وكلّه عند الشفيع، وقد يكونون أرادوا بقولهم ينتزع من يده أنّه منكر، لأنّه الغالب فيه.

---

(١) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٦، س ١١ ـ ١٥ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) سيأتي في ص ٧٣٤ ـ ٧٣٧.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٣.

(٤) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٩٧ ـ ٧٩٨.

وأمّا ما نظر به في «جامع المقاصد» ففيه: أنّهم أوّل ما يذكرون في تعريف المدّعي أنّه الّذي يترك لو ترك الخصومة[1]. وهو المعروف عند أهل العرف في تعريفه، ولهذا تراهم يستحبّون للحاكم أن يقول ليتكلّم المدّعي، ومن المعلوم أنّ أكثر المتخاصمين لا يعرفون الأصل ومخالفته والظاهر الشرعي من غيره ومخالفته، فلولا أن يكون الأصل في الباب أنّه مَن إذا ترك لما صحّ ذلك إلى غير ذلك، وإن كان المدّعي حقيقة شرعية في ذلك كان أظهر فيما تحاول. وأمّا من يدّعي وفاء الدّين وردّ العارية ونحوهما فهو منكر لغةً وعرفاً، ولذلك ترى غير العارفين بذلك يلزمون بالمدّعى وإن كانوا بريئين في الواقع، لأنّهم يبرزون الإنكار في صورة الدعوى. والمشتري هنا لا يدّعي على الشفيع شيئاً في ذمّته ولا تحت يده ولا يدّعي بقوله: اشتريته بكذا، وإن كان خلاف الأصل أنّه يستحقّ ذلك على الشفيع ويطلب تغريمه إيّاه، بل لا يطلب منه الأخذ بالشفعة بما يدّعيه، والشفيع هو الّذي لو ترك الخصومة ترك لأنّه يدّعي استحقاق ملك الشقص بالشفعة بالقدر الفلاني والمشتري ينكره، وما قيل في جوابه بأنّه لا يتمّ فيما إذا تملّك الشفيع بالشفعة برضا المالك ودفع الثمن، فقد عرفت أنّه خارج عن محلّ النزاع.

ومعنى قولهم «إنّه عقده» أنّ الأصل في فعل المسلم الّذي لا يعلم إلّا من قبله قبول قوله فيه.

وما يقال[2]: إنّ الاختلاف ليس في العقد لاتّفاقهما معاً على وقوعه صحيحاً، ففيه: إنّ هذا العقد لا يتشخّص بدون الثمن المعيّن، فالاختلاف فيه في قوّة الاختلاف في العقد ولا يردّ مثله في غيره من العقود، لأنّها إنّما تقوم بالمتعاملين وليس أحدهما أولى من الآخر، ولا كذلك الشفيع بالنسبة إلى المشتري، فإنّ عقد

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٠.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧١.

البيع لم يقم بالشفيع وإنّما هو خارج يريد انتزاع العين بما يدّعيه، فقدّموا هنا قول المشتري لأنّه أعرف به.

وأمّا أنّ القول قول الغارم فقد طفحت به عباراتهم في باب الغصب [1] وغيره [2] فلا أقلّ من أن يكون كالغاصب، أفبعد هذا كلّه يقال: إنّ المسألة قويّة الإشكال؟

وما قاله في «الكفاية» من أنّه لا يبعد أن يقال: إذا سلّم المشتري المبيع بمطالبة الشفيع ثمّ اختلفا في قدر الثمن فالقول قول الشفيع، وإن لم يسلّم وقلنا بوجوب تسليم الثمن أوّلاً [3] فالقول قول المشتري، فقد أخذه من المحقّق الثاني [4] ومطاوي كلمات الشهيد الثاني [5]. وهو الّذي ينبغي أن يكون المراد في الباب من كلام الأصحاب كما تقدّم [6].

ولا شاهد لقول أبي عليّ بقوله في «الخلاف [7] والمبسوط [8]» إنّهما إذا أقاما بيّنةً يعمل ببيّنة المشتري كما ظنّه في «التنقيح [9]» من الخلاف فإنّه مبنيّ على مذهبه من تقديم بيّنة الداخل. ولعلّه استند إلى تعليل الخلاف بأنّه المدّعي زيادة الثمن، فليتأمّل.

وليعلم أنّه ينبغي أن تفرض المسألة فيما إذا لم يكن عرضاً يمكن عرضه على

(١) منهم الشيخ في المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ١٠٤، والعلّامة في قواعد الأحكام: في تصرّفات الغاصب ج ٢ص ٢٤١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج٦ص ٣٣٩.

(٢) مثل تذكرة الفقهاء: في البيع ج ١٢ ص ١١١، ومجمع الفائدة والبرهان: في نكت متفرّقة من المتاجر ج ٨ ص ٥٣٥.

(٣) كفاية الأحكام: في مسائل الشفعة ج ١ ص ٥٥٠.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧١ ـ ٣٧٤.

(٦) تقدّم في ص ٧٣١.

(٧) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣١ مسألة ٦.

(٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٩) التنقيح الرائع: في لواحق الشفعة ج ٤ ص ٩٦.

المقوّمين كما يأتي التنبيه عليه فيما يأتي[1].

هذا وفي «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5]» أنّه أيّهما أقام بيّنةً سمعت منه وثبت ما يدّعيه. وقد استند في «المبسوط» إلى أنّها أقوى من اليمين[6].

وقال الشهيد في «الحواشي»: لو أقام المشتري بيّنةً بالزيادة لدفع اليمين عن نفسه فالأقرب القبول وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيّنة في غير هذه الصورة تردّد. ووجه الفرق أنّه يدّعي دعوى محضة وقد أقام بهما بيّنةً فتكون مسموعة، انتهى[7]. وقال في «جامع المقاصد[8]» بعد حكايته: إنّه يشكل بأنّ المشتري إن كان هو المنكر فالحجّة من طرفه هو اليمين دون البيّنة لقوله صلى الله عليه وآله: البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر[9]. والتفصيل قاطع للشركة وإلّا لم يسمع قوله بيمينه، وقد عرفت أنّه في الحقيقة لا يدّعي شيئاً. ثمّ حكى عن التذكرة والتحرير ما ذكرناه عنهما. وقال: إنّه لا يخلو من تدافع. ووافقه على ذلك صاحب «المسالك[10]».

قلت: وجه التدافع أنّه حكم فيهما بقبول قوله مع يمينه بدعوى أنّه منكر وسماع بيّنته يقضي بأنّه مدّعٍ. وأمّا الشهيد في الحواشي فلا عليه أن يقول إنّه مدّعٍ

(١) يأتي في ص ٧٤٧ ـ ٧٥٠.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١.

(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠ وفيه: البيّنة أقوىٰ من الدعوىٰ.

(٧) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص٩٦س١٨(مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦١.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ... ح ٣ ج ١٨ ص ٢١٥.

(١٠) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧١ و٣٧٤.

ولو أقاما بيّنةً فالأقرب الحكم ببيّنة الشفيع، لأنّه الخارج،

دعوى محضة لظنّه قبل ذلك أنّه مخالف للأصل، ولكنّه لم يجزم به بل جعله محلّ نظر. ولعلّه لمكان فتوى الأصحاب ولما كان الشيخ ممّن يذهب إلى تقديم بيّنة الداخل وسماعها مع بيّنة الخارج فبدونها أولى. نعم على القول بتقديم بيّنة الخارج لا تسمع، لأنّ صاحب هذا القول يقول: إنّ البيّنة ليست من شأن الداخل، لأنّها يمكن أن تستند إلى اليد، لكنّهم قد سمعوا بيّنة المودع لإسقاط اليمين، فتأمّل. والمحقّق[1] والمصنّف[2] قدّما بيّنة الداخل في بعض المواضع، وهو ما إذا شهدت بيّنة اليد بالسبب، ولعلّهما يقولان: إنّ هذا منه، بل قدّم في «الشرائع» هنا في المسألة الّتي بعد هذه بيّنة الداخل إذا تعارضت البيّنتان. ولعلّنا نقول فيما إذا شهدنا معاً بالسبب بتقديم بيّنة الداخل فبالأولى أن تقدّم هنا.

[فيما لو أقاما البيّنة]

قوله: ﴿ولو أقاما بيّنةً فالأقرب الحكم ببيّنة الشفيع، لأنّه الخارج﴾ كما في «السرائر[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] والكفاية[7]» وقد قال به أو مال إليه في «الإيضاح[8]» وقد حكم بتقديم المشتري في «الخلاف[9]

---

(١) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨.

(٢) سيأتي في ص ٧٤٢ ـ ٧٤٤.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٢.

(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦١.

(٧) كفاية الأحكام: في مسائل الشفعة ج ١ ص ٥٥٠.

(٨) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٣.

(٩) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٦.

والمبسوط[١] والشرائع[٢] والمختلف[٣]» وحكم في «جامع الشرائع» هنا بالقرعة[٤]. وعن أبي عليّ أنّه إن أقرّ المشتري بالشفعة فالبيّنة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفيع، وإن لم يقرّ فالبيّنة على الشفيع[٥]، انتهى فتأمّل. ولا ترجيح في «الدروس[٦] والمسالك[٧]» ولم يقل أحد بالتحالف هنا منّا ولا من العامّة كما قاله العامّة[٨] فيما إذا اختلف المتبايعان، لأنّ كلّ واحدٍ منهما مدّعٍ ومدّعى عليه، والمشتري هنا لا يدّعي شيئاً على الشفيع، ولأنّ المتبايعين قد باشرا العقد بخلاف الشفيع أو المشتري.

حجّة الأوّلين أنّ الشفيع خارج، لأنّه مدّعٍ ولا ملك له، لأنّه يحاول استحقاقه التملّك بما يدّعيه، ولأنّ اليمين لا تقبل منه فلابدّ أن تقبل بيّنته.

وقد اختلفت حجّة الآخرين، ففي «المبسوط[٩]» لأنّه داخل وبيّنته مقدّمة، وفي «الخلاف» لأنّه تثبت زيادة الثمن والشفيع ينكره[١٠]. واحتجّ في «المختلف» بأنّ قوله مقدّم على قول الشفيع أي فتقوى بيّنته بقوله، قال: وهذا بخلاف الداخل والخارج، لأنّ بيّنة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد فلهذا قدّمنا بيّنة الخارج، وفي صورة النزاع البيّنة تشهد على نفس العقد كشهادة بيّنة الشفيع[١١]. واعترضه المحقّق الثاني[١٢] والشهيد الثاني[١٣] بأنّ تقديم بيّنة الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط بل لقوله صلى الله عليه وآله: البيّنة على المدّعي واليمين على مَن أنكر[١٤]، والخارج مدّعٍ، وكأنّهما

(١ و٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠. (٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(٣ و١١) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٤) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(٥) نقله عنه في مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

(٧ و١٣) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٤.

(٨) راجع الحاوي الكبير: في الشفعة ج ٧ ص ٢٤٦.

(١٠) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٣٢ مسألة ٦.

(١٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢.

(١٤) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ... ح ٣ ج ١٨ ص ٢١٥.

ولا تُقبل شهادة البائع لأحدهما،

ما أنصفاه، لأنّه بيّن وجه حكمة الخبر فاستغني بها عن ذكره، وإلّا فالخبر لا يزال في النظر. ولعلّ الأولى الاعتراض بأنّهما إذا تنازعا في العقد ولا داخل ولا خارج إذ لا يد لهما صارا كالمتنازعَين في عين في يد غيرهما فتجب القرعة. وإليه نظر صاحب «جامع‌الشرائع» في قوله بالقرعة[1]، وبه صرّح في «المختلف[2]» في توجيه احتمالها. واعترضه في «جامع المقاصد» بأنّ تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص وأنّ القرعة في الأمر المشكل الّذي لم يدلّ النصّ على حكمه، وما نحن فيه ليس كذلك، انتهى[3].

ويردّ[4] على الأوّل أنّه يرجع إلى الاختلاف في العقد ولا داخل ولا خارج، لأنّ العقد المتشخّص بالألف غير المتشخّص بالخمسمائة مثلاً، إلّا أن يكون أراد أنّ القدر من العقد الواقع بخمسمائة متّفق عليه والنزاع فيما زاد على ذلك، فيرجع إلى كون المشتري مدّعياً والشفيع منكراً، وهذا غير ما يحاول وخلاف ما اختار آنفاً، فتأمّل. ويردّ على الثاني[5] أنّه لم يتحقّق عنده في المختلف أنّ المشتري منكر حتّى يتناوله النصّ، لأنّه لم يستدلّ عليه به في تقديم قوله حيث لا بيّنة بل بأنّه أعرف بالعقد وأنّه ينتزع من يده، إلّا أن يدّعي أنّ كلّ مَن ينتزع من يده منكر، فليتأمّل.

[في أنّ شهادة البائع لأحدهما غير مقبولة]

قوله: ﴿ولا تُقبل شهادة البائع لأحدهما﴾ كما في

---

(١) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.

(٢) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص٣٤٧.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢.

(٤) الرادّ هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧١.

(٥) كما في الحدائق: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٢٠ ص ٣٣٦.

«المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] والكفاية[٨]».

واقتصر في «السرائر[٩]» على عدم قبول شهادته للشفيع، لأنّه يدفع عن نفسه ضرر الدرك مع ما يراه من تعميم المبسوط، قال في «المبسوط» لأنّ شهادته لأحدهما شهادة على فعل نفسه وتلك لا تقبل[١٠]، ولأنّه يجرّ إلى نفسه نفعاً، قال في «جامع المقاصد»: لأنّه إن شهد للمشتري بكثرة الثمن تضمّن أنّه يستحقّ ذلك عليه. ثمّ إنّ هذا الزائد إن ظهر مستحقّاً استحقّ بدله أو الرجوع إلى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن، فهو لا يعدم النفع، بل ربّما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن ويخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفره من الأخذ بكثرة الثمن، وإن شهد بنقصان تضمّن ذلك دفع درك الزيادة لو خرج مستحقّاً، وربّما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قلّة الأرش لو ظهر المبيع معيباً، بل ربّما كان عالماً بالعيب ويتوقّع المطالبة بأرشه، وربّما خاف ردّ المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيع فيرغّبه في الأخذ بتقليل الثمن، كما ذكر ذلك كلّه في مطاوي كلام «جامع المقاصد[١١]» وكذلك «المسالك[١٢]».

لكنّهم قد ذكروا في باب الشهادات[١٣] ضابطاً في جرّ النفع ودفع الضرر، وهو

(١ و١٠) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٥) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.

(٦ و١١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

(٧ و١٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٤.

(٨) كفاية الأحكام: في مسائل الشفعة ج ١ ص ٥٥٠. (٩) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(١٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في صفات الشهود ج ٤ ص ١٢٩، والشهيد الثاني في ←

ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه.

مايرجع إلى كونه مدّعياً في الأوّل وإلى كونه منكراً في الثاني، وبعض ما ذكر أو كلّه لا يدخل في هذا الضابط. نعم ما ذكراه يدخل تحت التهمة، وقد وقع الاتّفاق على أنّ ليس كلّ تهمة مانعة بل التهمة المنحصرة في ثلاث: في العداوة والبغضية وجلب النفع ودفع الضرر، فتدبّر. وربّما ألحق بذلك ـ أي التهمة ـ المبادرة إلى الشهادة، والأصل فيها الأخبار[1]، على أنّه في الصورة الأولى لا يجرّ نفعاً، لأنّ الثمن ثابت بإقرار المشتري كما أنّ دفع درك الزيادة لمكان قدرته وندرة خطوره في البال لايفت في عضد شهادة الثقة العدل. وأمّا قوله في «المبسوط» فلأنّها شهادة على فعل نفسه، فليس بمتّجه على إطلاقه.

قوله: ﴿ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه﴾ هذا قد استحسنه في «التذكرة[2]» وقوّاه في «الحواشي[3]» وكأنّه مال إليه في «الإيضاح[4]» واحتمله أيضاً في «الدروس[5]» لأنّه إذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد أقرّ بزيادة الدرك فلا تهمة. ولا يلتفت إلى استحقاق المطالبة بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق، لأنّ ذلك لا يقصد عقلاً في ضمن هذا المحذور، وإذا شهد بالنقيصة بدون القبض فقد أقدم على نقصان حقّه ومحذور الدرك مستحقر في ضمن هذا. ولعلّ الأقوى القبول مطلقاً إلّا في صورة يرجع فيها إلى كونه مدّعياً أو منكراً جرياً

← مسالك الأفهام: في صفات الشهود ج ١٤ ص ١٩٠.

(١) وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب الشهادات ج ١٨ ص ٢٧٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١.

(٣) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٧ س ١٧ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.

(٥) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.

ولو كان الاختلاف بين المتبايعَين وأقاما بيّنةً فالأقرب الحكم لبيّنة المشتري، ويأخذ الشفيع به،

على الضابط المذكور ووفاقاً للإجماع المنقول في «كشف اللثام[١]» وهو الموافق لعمومات أخبار[٢] باب الشهادات والاعتبار، إذ لا معنى لردّ قول الثقة الّذي هو حجّة لمجرّد تهمة محتملة إلّا أن يكون قد انعقد على ذلك إجماع، والتتبّع لا يقضي به، لترك الأكثر له ومخالفة «السرائر[٣]» في بعض ذلك على الظاهر وذكر جماعة[٤] للاحتمال المذكور في الكتاب ولو كان منقولاً لعثرنا عليه.

[فيما لو اختلف المتبايعان]

قوله: ﴿ولو كان الاختلاف بين المتبايعَين وأقاما بيّنةً فالأقرب الحكم لبيّنة المشتري، ويأخذ الشفيع به﴾ كما صرّح بالحكمين معاً في «الشرائع[٥] والتحرير[٦] والحواشي[٧] وجامع المقاصد[٨]» واستحسنه في «المسالك[٩]»

---

(١) كشف اللثام: في صفات الشاهد ج ١٠ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٥.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢٦ و٢٧ و٢٨ و٣٠ من أبواب الشهادات ج ١٨ ص ٢٧٠ ـ ٢٧٤.

(٣) السرائر: في الشهادات ج ٢ ص ١٣٤.

(٤) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في الشهادات ج ٢ ص ١٣٢، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٧٥، والطباطبائي في رياض المسائل: في صفات الشاهد ج ١٣ ص ٢٨٨.

(٥) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٧) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٧ س ٩ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٣.

(٩) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧.

وهو قضية كلام «التذكرة[١] والإيضاح[٢]». وقال في «المبسوط[٣]»: إنّ الحكم عندنا فيها بالقرعة. قال: وفي المخالفين مَن قال بالتحالف وانفساخ العقد أو فسخه. وقد حكينا ذلك فيما سلف[٤] حيث تعرّض المصنّف له وإن لم يكن من فروعنا وأسبغنا الكلام فيه.

حجّة الكتاب وما وافقه أنّه قد تقدّم في باب البيع[٥] أنّ المتبايعَين إذا اختلفا في قدر الثمن قدّم قول البائع مع بقاء السلعة والمشتري مع تلفها إذا لم يكن بيّنة، والمفروض هنا بقاؤها ليأخذها الشفيع، فتكون بيّنة المشتري هي المقدّمة، لأنّ اعتبار اليمين من أحد المتنازعَين يقضي باعتبار البيّنة من الآخر.

وقال في «جامع المقاصد»: هذا على ما ذكروه من سماع البيّنة من المشتري إذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح، لكنّ الإشكال السابق الوارد على أصل المسألة لو ادّعى الشفيع الأقلّ منهما وارد هنا[٦].

قلت: قد عرفت أنّه غير وارد هناك، لأنّا بيّنّا أنّ المشتري ليس بمدّعٍ وقدّمنا بيّنة الشفيع عند قيامها، وأمّا هنا فقد قال هو أو مال في باب البيع إلى أنّ كلّاً منهما مدّعٍ ومنكر، ولمّا قدّمنا قول البائع مع يمينه للإجماع والأخبار[٧] إذا كانت العين قائمة كانت بيّنة المشتري هي المقدّمة لما عرفت آنفاً، ولأنّه مدّعٍ من وجه عنده، ولم يجتمع في البائع هذان الوجهان.

وأمّا الأصحاب فقد تجشّموا توجيه كون البائع منكراً بأنّه لمّا عيّن السبب

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٤.
(٢) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.
(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.
(٤) تقدّم في ص ٦٠٧ ـ ٦١٠.
(٥) تقدّم في ج ١٤ ص ٨٣٦.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٣.
(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام العقود ج ١٢ ص ٣٨٣ ح ١.

وشخّصه بوقوعه على الثمن الزائد لم يكن معترفاً بالملك مطلقاً بل على ذلك الوجه الّذي إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص، فيكون منكراً لما يدّعيه المشتري، فوجب عندهم تقديم بيّنة المشتري، فليتأمّل.

والوجه في أخذ الشفيع بما شهدت بيّنة المشتري ظاهر، لأنّه الثابت شرعاً وأنّ الزائد بزعم المشتري غير مستحقّ وأنّ بيّنة البائع كاذبة.

ووجه ما في «المبسوط» أنّ الحكم مشتبه، وهو محلّ القرعة، وظاهره دعوى الإجماع عليه حيث قال عندنا كما عرفت.

هذا وقد قال في «الإيضاح»: إنّ بيّنة المشتري مقدّمة ولو قلنا إنّهما إذا اختلفا في قدر الثمن ولا بيّنة تحالفا لأنّها مخالفة لأصلين انتقال الملك ورضا البائع بهذا العوض وبيّنة البائع تخالف أصلاً واحداً وهو عدم رضا المشتري بالزيادة[١]. واعترضه المحقّق الثاني فقال: لا ريب أنّ أصالة عدم انتقال الملك قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك[٢]، انتهى. ونفيه الريب يقضي بأنّ فخرالإسلام متوهّم بزعمه قطعاً، وهو المتوهّم، لأنّ مراده في «الإيضاح» بأصالة عدم انتقال الملك الأصل الأصيل الّذي نبّهنا عليه مراراً، وهو أصل عدم انتقال الملك عن مالكه إلّا بقوله، وقد استند إليه في «الإيضاح[٣]» في أواخر باب البيع، وقد بيّنّاه آنفاً[٤] فيما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ولا بيّنة. وبه صرّح في «الدروس[٥]» فيما إذا هلك الثمن إذا كان قيميّاً. ولعلّه كان الأولى أن يعترض عليه

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.
(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٤.
(٣) إيضاح الفوائد: في المتاجر ج ١ ص ٥٢٢.
(٤) تقدّم في ص ٧٣١ ـ ٧٣٤.
(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

ولو لم يقم البيّنة حلف البائع فيتخيّر الشفيع بين الأخذ به والترك والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري.

بأنّه إن اعتبرت الأصلين فلا معنى للتحالف بل يتعيّن حلف المشتري، وإن لم تعتبرهما فلا معنى لترجيح بيّنته بهما، فتأمّل.

[فيما لو لم تقم بيّنة]

قوله: ﴿ولو لم تقم البيّنة حلف البائع، فيتخيّر الشفيع بين الأخذ به والترك﴾ أمّا حلف البائع حينئذٍ فلا أجد فيه خلافاً هنا، فإذا حلف أُخذ من المشتري ما حلف عليه. وأمّا أنّ الشفيع يتخيّر بين الأخذ به والترك، بمعنى أنّه إن أخذ أخذ بما حلف عليه البائع فهو قضية كلام «المبسوط[1] والشرائع[2]» لأنّه الثابت شرعاً والواجب على المشتري دفعه، فهو الثمن حقيقة، وقد رموه بالضعف كما ستعرف وجهه، وقد لا يكون مفهوماً من كلاميهما. ويتأتّى أيضاً ـ أي الأخذ المذكور ـ على قوله في «المبسوط[3]» بأنّ الزيادة في زمن الخيار تلحق بالثمن لو كان الحلف في زمن الخيار.

قوله: ﴿والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري﴾ كما في «التحرير[4] والإرشاد[5] والإيضاح[6] والدروس[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9]» وكذا

(١ و٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠ و١٠٨.
(٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٦) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.
(٧) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.
(٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٤.
(٩) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧.

«الحواشي[١]». وفصّل في «التذكرة[٢]» فقال: الشفيع إن صدّق البائع دفع ما حلف عليه وليس للمشتري المطالبة به، لأنّه يدّعي أنّ ما أخذه البائع زائداً ظلم فلا يطالب غير من ظلمه، وإن لم يعترف بما قال أدّى ما ادّعاه المشتري ثمناً. ووافقه على ذلك مولانا الأردبيلي[٣]، وهو جيّد جدّاً، بل هو المتعيّن في النظر، بل يجب حمل كلام الكتاب وما وافقه على ما إذا كان الشفيع جاهلاً أو مصدّقاً للمشتري ظاهراً، لكن إن صدّق البائع لئن كان في نفس الأمر صادقاً وجب عليه أن يدفع الزائد إلى المشتري ولو على سبيل الهدية ونحوها، لأنّ كان ذلك حقّاً له في الواقع، وإن كان ممنوعاً منه في ظاهر الشرع وليس له طلبه.

ووجه الأقربية في الكتاب وما وافقه أنّ الأخذ إنّما هو من المشتري وقد اعترف بأنّ الزيادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره، وإقرار العقلاء جائز، بل لو رجع إلى قول البائع كأن قال كنت ناسياً أو كاذباً لم ينفعه إلّا أن يصدّقه الشفيع كما في «التحرير[٤] والتذكرة[٥] والدروس[٦]». قولكم «إنّه الثمن حقيقة» مسلّم لكنّه في حقّ المشتري لا في حقّ الشفيع للمشتري مع اعترافه بكون الزائد ظلماً وكون يمين البائع فاجرة، فيؤاخذ بإقراره، فليتأمّل جيّداً لأنّ الحال فيه كما إذا قامت البيّنة كما يأتي عن «المبسوط».

وقد استدلّ في «الإيضاح[٧]» للقائل بالأخذ من البائع في المسألة وفيما إذا

---

(١) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٧ س ١٠ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٣.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.

وكذا لو أقام البائع البيّنة.

ولو قال المشتري: لا أعلم كمّية الثمن كلّف جواباً صحيحاً،

أقام البائع البيّنة كما يأتي بتضادّ الأحكام. ومعناه أنّه قد ثبت شرعاً أنّه الثمن، فلو أوجب الشارع غيره أو أجازه لتضادّ الحكمان وقد قال عليه السلام: لا يحكم في قضية بحكمين مختلفين[1]. ويجاب بأنّ ذلك مع اتّحاد الحكم والمحكوم عليه وله، وهنا المحكوم عليه المشتري والمحكوم له الشفيع.

قوله: ﴿وكذا لو أقام البائع البيّنة﴾ أي يثبت ما ادّعاه، والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري، وقد تبيّن وجهه. وقد صرّح هنا في «المبسوط[2] والشرائع[3]» بأنّ الشفيع يأخذ بما ثبت من الثمن، وقد عرفت وجهه أيضاً كما عرفت فيما سلف الوجه في سماع بيّنة البائع مع كونه منكراً عندهم، ولذلك لم يتأمّل في ذلك هنا أحدٌ غير المحقّق الثاني[4].

[فيما لو قال المشتري لا أعلم كمّية الثمن]

قوله: ﴿ولو قال المشتري: لا أعلم كمّية الثمن كلّف جواباً صحيحاً﴾ كما في «الشرائع[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8]».

وقال في «المبسوط»: إذا قال: اشتريت هذا الشقص في شركتي بألف، فقال:

---

(١) كنز العمّال: ج ٦ ص ١٠٣ ح ١٥٠٤١.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.

(٤ و٧) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.

(٥) شرائع الإسلام: فيما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.

(٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.

(٨) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.

قد اشتريت كما قلت غير أنّي لا أعرف مبلغ الثمن لأنّي نسيته أو كان الثمن جزافاً، قيل: فيه وجهان: أحدهما أنّ هذا جواب صحيح، وهو الصحيح، فيكون القول قوله مع يمينه يحلف وتسقط الشفعة. والثاني أنّه ليس بجواب صحيح ويقال له: إن أجبت عن الدعوى وإلّا جعلناك ناكلاً يحلف الشفيع ويستحقّ[1]، انتهى. ومعناه أنّه إمّا أن يستند في عدم علمه بمبلغه وكمّيّته إلى النسيان أو إلى كون الثمن جزافاً على مختار العامّة، والقولان لهم، فيرجع قوله في الأوّل إلى «أنّي نسيته» وستعرف أنّهم يوافقونه في ذلك على ذلك، على أنّه قال في توجيهه: إنّ المشتري أجاب بجواب صحيح فإنّه قال: صدقت قد اشتريت بما يجب لك فيه الشفعة ثمّ أنكر سبباً غير هذا وهو أنّه لا يعرف مبلغ الثمن. وقال: إنّ الّذي ذكره المشتري ممكن[2]، فإذا كان كذلك كان القول قوله، فإذا حلف فلا شفعة.

فما حكي عنه في الشرائع والتحرير والمسالك غير صحيح من وجهين، قال في «الشرائع»: أمّا لو قال لم أعلم كمّيّة الثمن لم يكن جواباً صحيحاً وكلّف جواباً غيره. وقال الشيخ: يردّ اليمين على الشفيع[3]. وبعينه حرفاً فحرفاً قال في «التحرير[4]» ونحوه ما في «المسالك[5]» فالشيخ لم يطلق الكلمة في فرض المسألة بل علّلها ولم يقل بالردّ على الشفيع بل قال في الردّ على من قال بالردّ على الشفيع من العامّة وأنّ الجواب غير صحيح فيقال له: إن أجبت ... إلى آخر ما سمعته آنفاً ما نصّه: إنّ المشتري هو المباشر للعقد، وقد يكون الثمن جزافاً، فمن المحال أن يعرف الشفيع المبلغ ولايعرف المشتري فلهذا كان جواباً صحيحاً[6]، انتهى، بل

(١ و ٢ و٦) المبسوط: في الحيل الّتي تسقط بها الشفعة ج ٣ ص ١٥١ و١٥٢.
(٣) شرائع الإسلام: فيما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩١.
(٥) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.

نقول: لو كان الشيخ أطلق الكلمة في الفرض كما فهموه منه لكان جواباً صحيحاً في العرف واللغة، بل قد يفهم ذلك من عبارة «التذكرة[١]».

وقد علّل في «جامع المقاصد» عدم صحّته بإجماله واحتماله[٢] وبيّنه في «المسالك» بأنّه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداءً من حين الشراء، وهو غير مسموع لاقتضائه بطلان العقد، وبين أن يكون عرضاً قيميّاً وأخذه البائع وتلف في يده ولا يعلم قيمته، فإنّ القول قوله مع يمينه لأصالة عدم العلم وكون ذلك أمراً ممكناً، وبين أن يكون قد نسيه[٣].

قلت: قد صرّح بالحكم المذكور في الشقّ الثاني في «المبسوط[٤]» في موضع آخر و«الدروس[٥]» وستعرف المصرّح به في الشقّ الثالث. وأمّا الشقّ الأوّل فخارج عن كلام الشيخ كما سمعت، لأنّه فرض المسألة فيما إذا قال: صدقت قد اشتريت بما تجب لك فيه الشفعة، فإن قال: لأنّي اشتريته بثمن جزاف كان الجواب صحيحاً عند أكثر الشافعية حكاه عنهم في «التذكرة[٦]» لأنّهم يجوّزونه، وقال: إنّه الأقرب على مذهبهم، وأمّا أصحابنا فيحملونه على أحد الشقّين الآخرين، فكان عندنا كما لو قال لا أعلم كمية الثمن، والعقد صحيح، بل نقول: لو أطلق الكلمة وحدها وجب حمله عندنا على أحد الأمرين الأخيرين ولا يجب عليه التعيين كما قالوا مثله في مواضع أكثر من أن تحصى، ولا داعي إلى عقوبته بحبسه حتّى يجيب بأحدهما معيّناً له، كما هو ـ أي الحبس ـ قضية كلامهم، وبه صرّح في «المسالك[٧]».

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في الحيل المسقطة للشفعة ج ١٢ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.

(٣ و٧) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.

(٤) المبسوط: في الحيل الّتي تسقط بها الشفعة ج ٣ ص ١٥٢.

(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٧.

ولو قال: نسيته، أو: اشتراه وكيلي ولا أعلم به حلف وبطلت الشفعة.

[فيما لو قال المشتري نسيت كميّة الثمن]

قوله: ﴿ولو قال: نسيته، أو: اشتراه وكيلي ولا أعلم به حلف وبطلت الشفعة﴾ قد صرّح بالحلف والبطلان في صورة دعوى النسيان في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] والمسالك[٥]» وصرّح بهما في الصورتين في «جامع المقاصد». ووجه ذلك في الثاني واضح، وفي الأوّل أنّ ذلك لا يعرف إلّا من قِبله، فلو لم يقبل قوله باليمين لزم تخليده الحبس على تقدير صدقه، فإذا حلف بطلت الشفعة لتعذّر العلم بالثمن.

قال في «جامع المقاصد»: وإنّما تبطل مع اليأس من العلم به، فلو أمكن استعلامه فالشفعة باقية. قلت: هذا يقضي بأنّها ترجع بعد بطلانها بالحلف. قال: ولو قال الشفيع إنّي أعلم قدره وادّعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا؟ فيه نظر[٦].

قلت: إذا ادّعى الشفيع عليه العلم توجّه الحلف على المشتري بأنّه ناسٍ، فإن نكل المشتري عن الحلف على النسيان وردّت اليمين على الشفيع فإنّه يحلف حينئذٍ ويثبت بيمينه. ويبقى الإشكال فيما إذا حلف على النسيان فهل تبطل الشفعة أو يحلف الشفيع على المقدار الّذي يدّعي علمه به ويثبت بيمينه كما قلناه[٧] فيما إذا قال المدّعى عليه لا أدري؟ احتمالان: الأوّل لمكان إطلاق الفتوى بأنّه يحلف إذا

---

(١) شرائع الإسلام: فيما تبطل به الشفعة ج ٣ ص ٢٦٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الحيل المسقطة للشفعة ج ١٢ ص ٣٥٠.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.
(٤) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.
(٥) مسالك الأفهام: فيما تبطل به الشفعة ج ١٢ ص ٣٦٩.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.
(٧) تقدّم في ص ٧٤٧ ـ ٧٤٩.

ولو اختلفا في قيمةالعوض المجعول ثمناً عُرض على المقوّمين، فإن تعذّر قدّم قول المشتري على إشكال

ادّعى النسيان وتبطل الشفعة من دون تفصيل بدعوى الشفيع العلم وعدمه. والثاني جرياً على المختار هناك لعدم التنافي وأنّ مَن حفظ حجّة على مَن لا يحفظ كما إذا كان الشفيع يصدّقه في النسيان ويدّعي العلم فإنّه يحلف عندنا ويأخذ بالشفعة.

[فيما لو اختلفا في قيمة ما جعل ثمناً]

قوله: ﴿ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عُرض على المقوّمين﴾ كما في «التحرير[1] والدروس[2] والحواشي[3]» ومعناه أنّه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهرة المجعولة ثمناً بحيث لا يمكن معرفتها إلّا بعد الرحيل والمسير يومين أو أكثر إلى المقوّمين الّذين هم في بغداد مثلاً أو إصفهان فإنّه لا يقدّم هنا قول المشتري باديً بدء كما تقدّم[4]، لأنّه يمكن العلم بذلك وإن كان مع مشقّةٍ وعسر، فلا معنى لقوله في «جامع المقاصد»: لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وإمكان استعلام قيمتها[5].

قوله: ﴿فإن تعذّر قُدّم قول المشتري على إشكال﴾ أي إن تعذّر عرضه على المقوّمين لهلاك وشبهه كما في «الدروس[6] والحواشي[7]» قدّم قول المشتري كما جزم به في «التحرير[8] والدروس[9]» قال في «التحرير»: لأنّهما كما

(١ و٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٢ و٦) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠.

(٣ و٧) لم نعثر عليهما. (٤) تقدّم في ص ٧٢٨ ـ ٧٣٧.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.

(٩) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٧٠ وفيه: على الأقرب.

ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري: أنا أحدثته وأنكر الشفيع قُدّم قول المشتري، لأنّه ملكه والشفيع يطلب تملّكه عليه.

إذا اختلفا في قدر الثمن. والمصنّف هنا استشكل. وقد وجّه منشأه ولده[1] والشهيد[2] من انتزاع الملك منه وأخذه منه قهراً فلا يقهر على العوض أيضاً فيقبل قوله مع يمينه، ومن أنّ الأصل عدم الزيادة. وجعل في «جامع المقاصد» منشأ الإشكال في المسألة منشأه فيما إذا اختلفا في قدر الثمن فحالها عنده كحالها، وقال: إنّ في الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاختلاف في قدر الثمن حيث جزم بتقديم قول المشتري هناك وتردّد هنا نظراً[3].

قلت: كان النزاع هناك في أنّ الثمن ألف أو ألفان والنزاع هنا في قيمة الجوهرة المجعولة ثمناً الّتي لها قيمة في الواقع ولا يعلمها إلّا المقوّمون وقد هلكت أو بقيت مجهولة القيمة فهل يصير الثمن بذلك مجهولاً كما إذا نسيه أو اشتراه وكيله ومات فتبطل الشفعة أو يصير من قبيل ما إذا اختلفا في الثمن فيقدّم قول المشتري مع يمينه؟ فالإشكال قويّ في محلّه ويرتفع به الاختلاف بين الكلامين، فليتأمّل جيّداً، لأنّه قد يكون المراد من العبارة في الشقّ الآخر أنّ القول قول البائع حينئذٍ لأصل عدم الزيادة.

[فيما لو اختلفا في الغراس أو البناء]

قوله: ﴿ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري: أنا أحدثته

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٥.

(٢) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص٩٧س١٢(مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٦.

ولو ادّعى أنّه باع نصيبه على أجنبيّ فأنكر الأجنبيّ قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال

وأنكر الشفيع قُدّم قول المشتري، لأنّه ملكه والشفيع يطلب تملّكه عليه» وانتزاعه من يده كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[1] والتذكرة[2] وجامع المقاصد[3]».

[فيما لو اختلف المالك والأجنبيّ في البيع]

قوله: «ولو ادّعى أنّه باع نصيبه على أجنبيّ فأنكر الأجنبيّ قُضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال» قد قضي للشريك بالشفعة في المثال في «الخلاف[4] والمبسوط[5] والتذكرة[6] والمختلف[7] والدروس[8] والحواشي[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11]» وكذا «الشرائع[12]» لأنّه قال لعلّه أشبه، ونفاها في «السرائر[13] وجامع الشرائع[14]» ولا ترجيح في «التحرير[15] والإيضاح[16]».

---

(١) المبسوط: في الحيل الّتي تسقط بها الشفعة ج ٣ ص ١٥٤.
(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٤ و٣٠٣.
(٣ و١٠) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٦.
(٤) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥١ مسألة ٣٤.
(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٥ ـ ١٣٦.
(٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.
(٨) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.
(٩) لم نعثر عليه.
(١١) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧.
(١٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.
(١٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.
(١٤) الجامع للشرائع: في الشفعة ص ٢٧٩.
(١٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٢.
(١٦) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٥.

احتجّ الشيخ في «الخلاف[1] والمبسوط[2]» بأنّه أقرّ بحقّين أحدهما حقّ المشتري والثاني حقّ الشفيع، فإذا ردّ المشتري ثبت حقّ الشفيع. وقضيّته أنّ عدم قبول قوله في حقّ المشتري لا يوجب إبطال حقّ الشفيع، لأنّ الإقرار تضمّن حكمين غير متلازمين.

وبالغ في «السرائر» في ردّه، قال: إنّ الّذي تقتضيه أُصول أصحابنا ومذهبهم أنّ الشفعة لا تستحقّ إلّا بعد ثبوت البيع ويستحقّها ويأخذها من المشتري دون البائع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحلّ لحاكم أن يحكم بأنّ البيع حصل وانعقد، فكيف يستحقّ الشفعة في بيعٍ لم يثبت عند الحاكم؟ وكيف يأخذها من البائع؟ وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع. وهذه مسألة حادثة نظرية لا يرجع فيها إلى قول المخالفين ـ يعني المزني ـ ... إلى آخر ما قال[3].

وأجاب في «المختلف[4]» بأنّ ثبوتها لا يتوقّف على ثبوت البيع بل على البيع نفسه وقد أقرّ به البائع، سلّمنا لكن ثبوت البيع بأمرين إمّا البيّنة أو الإقرار، وقد حصل أحد الأمرين بالنسبة إلى المقرّ، ولهذا لو صدّقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرّد الإقرار، ونمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة إلى الشريك، انتهى. ولم يتعرّض للجواب عن الأصل وعن الأخذ من المشتري. ولعلّ الأولى والأخصر في كلامه الأوّل أن يقول: إنّ توقّف ثبوتها على ثبوت البيع إنّما هو بالنسبة إلى الأخذ من المشتري، وأمّا بالنسبة إلى الأخذ من البائع فيكفي إقراره.

وكيف كان، فقول السرائر هو الأقوى نظراً إلى الأصل والإجماع على أنّ الأخذ من المشتري والعلّة المومأ إليها في خبر عقبة[5]، ولا مخرج عنها كما أخرج

---

(١) الخلاف: في الشفعة ج ٣ ص ٤٥٢ مسألة ٣٤.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٦.

(٣) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٤) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٥١.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الشفعة ح ١ ج ١٧ ص ٣١٩.

وللشفيع دون البائع ـ على إشكال ـ إحلاف المشتري.

عنها في غير المسألة إذ لا إجماع في المقام، والإطلاقات لندرتها لا تتناولها، بل قولهم عليهم السلام [1]: «باع نصيبه وباع الدار» إلى غير ذلك لا يتناول من ادّعى البيع وردّت دعواه بحلف المنكر، خصوصاً الخبر الّذي سئل فيه عن الشفعة لمن هي وفي أيّ شيء هي؟ فقال: إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره [2]. ولك أن تقول: إنّه لا مناص عن وجود الضرر بالشريك، لأنّه يؤول الأمر إلى أنّ الإمام يتصدّق بالشقص.

ثمّ ماذا يكون حكم الشفيع إذا اعترف البائع بأنّه قبض الثمن من المشتري وأنكر المشتري ذلك أيأخذ الشقص بغير ثمن أم يقال للمشتري: إمّا أن تقبض أو تبرئه؟ مع أنّه لا يجب عليه شيء منهما، بل قد يكون لا يريد أن يأخذ الثمن من الشفيع لعلمه بأنّ ماله حرام أو فيه شبهة أم يقرّ الثمن في ذمّة الشفيع، لأنّه معترف له به ولا يدّعيه، مع أنّ عليه ضرراً في إبقاء حقّ غيره في ذمّته أم يدفع للحاكم فيتصدّق به عن مالكه، لأنّه كمجهول المالك أم يضعه في بيت المال حتّى إذا اعترف به أخذه أم يضعه في بيت المال مع الأموال الضائعة أم يكون حاله حال مال بيت المال كما يقوله العامّة [3]؟ وماذا يصنع البائع إذا لم يعترف بالقبض أيأخذ الثمن من المشتري وهو لا يستحقّه عليه أم يأخذه بعنوان القصاص من المشتري ولم يملكه؟ مضافاً إلى ما يأتي في حال المخاصمة.

قوله: ﴿وللشفيع دون البائع ـ على إشكال ـ إحلاف المشتري﴾ الإشكال في إحلاف البائع للمشتري. وحاصله: أنّه إذا ادّعى أنّه باع نصيبه من

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ٤ و٧ من أبواب الشفعة ح ١ و٣ و٢ ج ١٧ ص ٣١٨ و٣٢١.
(٣) نقل عنهم الشهيد في الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٦.

أجنبيّ وأنكر الأجنبيّ فلا شكّ كما في «الإيضاح» في إحلاف الشفيع للمشتري إمّا لإثبات الشفعة على قول ابن إدريس أو لإثبات الدرك، وهذا الّذي نفى الشكّ فيه[1] توقّف فيه في «التذكرة[2] والدروس[3]» حيث لا ترجيح فيهما. وفي «التحرير[4] والمسالك[5]» أنّه أقوى. ووجه العدم أنّ مقصوده أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصلا من البائع فلا فائدة في المحاكمة. وأمّا البائع فقد استشكل المصنّف هنا في تحليفه له. وهو قضيّة كلام «المبسوط[6] والتذكرة[7] والحواشي[8]» حيث لا ترجيح فيها. واختير في «التحرير[9] والدروس[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12]» أنّ له إحلافه، لأنّه له فيه فائدة بأن تكون معاملة المشتري فيما يقع من العقد والدرك أسهل من الشفيع، كذا استدلّ له في «المبسوط[13]» واستدلّ الجماعة بما حاصله من أنّ الثمن المأخوذ من الشفيع على تقدير قبضه منه ليس هو عين حقّه بل يأخذه

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٥.
(٢) ما في التذكرة خلاف ما نُسب إليه الشارح حيث قال: «وهل للشفيع دون البائع إحلاف المشتري؟ الأقرب ذلك». راجع تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٤.
(٣) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٥.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٢.
(٥) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٨.
(٦) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٦.
(٧) الموجود في التذكرة خلاف ما نُسب إليه الشارح فانه قال فيها: «فإن قلنا: لا تثبت الشفعة، فللبائع مخاصمة المشتري وإحلافه ...». راجع تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٤.
(٨) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٦ ـ ٩٧ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٢.
(١٠) لم يختر الشهيد في الدروس وجهاً، فراجع الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٤.
(١١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٧.
(١٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٨.
(١٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٦.

ولو ادّعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يـمينه، ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة.

قصاصاً فله الإحلاف لأجله، ولأنّ دفع الدرك عن نفسه أمر مطلوب، وربّما تعلّق غرضه بإثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه، وأمّا على تقدير عدم قبضه منه فظاهر، لأنّه يدّعي عليه الثمن.

ووجه الاحتمال الثاني أنّ فائدة الإحلاف رجاء ثبوت الشراء المقتضي أخذ الثمن إن لم يكن قبضه من المشتري، وهو حاصل من الشفيع فتنتفي اليمين لانتفاء فائدتها.

وفي «الإيضاح» أنّ هذا البحث إنّما يتأتّى مع إطلاق الثمن أو كونه من ذوات القيم، أمّا مع تعيّنه وكونه مثليّاً فللبائع إحلاف المشتري قطعاً، انتهى[1] فتأمّل.

[فيما لو ادّعى البائع تأخير شراء شريكه]

قوله: ﴿ولو ادّعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه، ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة﴾ كما صرّح بذلك في «المبسوط[2] والمهذّب[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] واللمعة[8]

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٦.
(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٨.
(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٦.
(٤) السرائر: في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.
(٥) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٧.
(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.
(٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

ولو ادّعى كلٌّ منهما السبق تحالفا مع عدم البيّنة،

وجامع المقاصد[1] والمسالك[2] والروضة[3]» وبالأوّل فقط في «الإرشاد[4] ومجمع البرهان[5]». ومرادهم أنّه إن ادّعى على شريكه أنّ شراءه متأخّر عن شرائه وأنّه يستحقّ عليه الشفعة قدّم قول الشريك بيمينه لأنّه منكر، والأصل عدم الاستحقاق والأصل عدم تقدّم شرائه. وهذا وإن كان معارضاً بمثله إلّا أنّ ذلك معتضد بالأصل الآخر، مع أنّه لا يستلزم استحقاق الشفعة، لأنّ تعارضهما يقضي بالاقتران فلا شفعة ولا أقلّ من الشكّ فيرجع فيه إلى الأصل ولهذا لم يلتفت إليه الجماعة.

وأمّا الاكتفاء بحلف المنكر على نفي الأعمّ وإن أجاب بالأخصّ فهو غير مختصّ بما نحن فيه، بل جارٍ في جميع الدعاوى لحصول الغرض من الجواب، فإنّ الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفي اليمين لنفيه، لأنّه مفيد للمطلوب، وربّما كان الشراء متأخّراً مع عدم استحقاق الشفعة بسبب من الأسباب المسقطة لها فلا يكلّف الحلف على نفيه. وللشافعية[6] وجه بتحتّم الحلف على نفي الأخصّ على طبق الدعوى، ووجه آخر بأنّه يجب الحلف على نفي الأخصّ إن أجاب به لأنّه لم يجب به إلّا ويمكنه الحلف عليه وإن أجاب بالأعمّ ابتداءً لم يكلّف غيره.

[فيما لو ادّعى كلّ من الشريكين السبق]

قوله: ﴿ولو ادّعى كلٌّ منهما السبق تحالفا مع عدم البيّنة﴾ كما هو

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٩.

(٣) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٧.

(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٤.

(٦) راجع المجموع: في الشفعة ج ١٤ ص ٣٤٧.

ولاتكفي البيّنة على الشراء المطلق، فإن شهدت البيّنة بتقديم أحدهما قُبلت.

صريح «الشرائع[١] والإرشاد[٢] واللمعة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧]» لأصالة عدم تقدّم كلّ منهما على الآخر وعدم ثبوت الشفعة للآخر عليه، فكلّ واحدٍ منهما مدّعٍ ومدّعى عليه فإذا تحالفا استقرّ ملكهما، لاندفاع دعوى كلّ منهما بيمين الآخر ويأتي للمصنّف في الكتاب[٨] وغيره والشيخ والقاضي في المسألة أنّه يسمع من أحدهما أوّلاً لسبقه أو للقرعة أو لكونه عن يمين صاحبه حتّى تنتهي دعواه، ثمّ يسمع من الآخر دعواه على تفصيلٍ ستسمعه وتسمع الحال فيه.

قوله: ﴿ولا تكفي البيّنة على الشراء المطلق﴾ كما في «المبسوط[٩] والشرائع[١٠] والتحرير[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣]» ومعنى قيام البيّنة على الشراء المطلق أن تشهد بأنّ أحد الشريكين اشترى من دون أن تقول إنّ شراءه قبل شراء الآخر، لأنّ مطلق الشراء لا يثبت الشفعة.

قوله: ﴿فإن شهدت البيّنة بتقديم أحدهما قُبلت﴾ كما في

(١ و ١٠) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.
(٣) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.
(٤ و ١٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨.
(٥ و ١٣) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٠.
(٦) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٤.
(٨) سيأتي في ص ٧٨٢ ـ ٧٨٧.
(٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.
(١١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

ولو شهدت بيّنتان لكلٍّ منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة.

«المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦]» لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

قوله: ﴿ولو شهدت بيّنتان لكلٍّ منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة﴾ ومثله في عدم الترجيح «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والمختلف[١٠]». وفي «المبسوط[١١] وجامع المقاصد[١٢]» أنّ الأقوى القرعة. وبه جزم في «المهذّب[١٣]». وفي «الإيضاح[١٤] والمسالك[١٥]» أنّ الأولى التساقط والتحالف. واستبعده في «جامع المقاصد[١٦]» لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البيّنة. ونقل في «المختلف[١٧]» الاحتمال الأوّل قولاً، ولم نجده، وإنّما هو احتمال لنا وقول للعامّة[١٨]. واحتمل في «التذكرة[١٩]» أيضاً القسمة بينهما.

وموضع البحث ما إذا كانتا مؤرّختين على وجهٍ يحصل بينهما التعارض بأن تشهد بيّنة كلّ واحدٍ منهما بالسبق مع تساويهما عدالةً وعدداً، إذ لو كانتا مطلقتين كانتا بمنزلة العدم، ولو كانت إحداهما مطلقة والاُخرى مؤرّخة قدّمت المؤرّخة

(١ و١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩ و١٣٥.

(٢ و٧) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.

(٣ و٨ و١٩) تذكرة الفقهاء: في الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٤٥.

(٤ و٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

(٥ و١٢ و١٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨ و٤٦٩.

(٦ و١٥) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٠ و٣٨١.

(١٠ و١٧) مختلف الشيعة: في الشفعة ج ٥ ص ٣٦٢.

(١٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٧.

(١٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٦.

(١٨) راجع فتح العزيز: في الشفعة ج ١١ ص ٤٤٢، روضة الطالبين: في الشفعة ج ٤ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

ولو ادّعى الابتياع وادّعى الشريك الإرث وأقاما بيّنةً قيل: يقرع، والأقرب الحكم ببيّنة الشفيع،

كما هو واضح. ولا ترجيح هنا بالأعدلية والأكثرية، ولعلّه لأنّ اليد لهما.

ووجه التساقط تكافؤهما وامتناع العمل بهما وبأحدهما لعدم المرجّح، فتنتفي الشفعة للشكّ في وجود المقتضي، لكنّا لم نجدهم أسقطوا البيّنتين يوماً بل إمّا قسّموا المال بينهما نصفين إذا كان في يدهما أو فزعوا إلى القرعة فقط أو الحلف بعدها إذا كان خارجاً عنهما.

ووجه القرعة أنّ إحدى البيّنتين كاذبة وهي غير معلومة فتستخرج بالقرعة، إذ لا طريق هنا إلّا هي، وقد نزّلها الشارع منزلة اليقين. ولابدّ من تحليف مَن خرج اسمه للنصوص[1] الدالّة على ذلك في مثله، وهي كثيرة جدّاً. وبه في مثله أفتى الأكثر كما بيّن في بابه.

ووجه التساقط والتحالف أنّه بعد إطراح البيّنتين تبقى الدعويان كأن لم تكونا وليس الحكم باليمين مع سقوط البيّنة ببعيد، كذا قال في «المسالك[2]» لكنّا لم نجد له أثراً في مثله أصلاً كالتحالف والتساقط فتعيّنت القرعة.

[فيما لو ادّعى الشفيع الابتياع وادّعى الشريك الإرث]

قوله: ﴿ولو ادّعى الابتياع وادّعى الشريك الإرث وأقاما بيّنةً قيل: يقرع، والأقرب الحكم ببيّنة الشفيع﴾ القائل بالقرعة الشيخ في «المبسوط»

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ج ١٨ ص ١٨١.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨١.

ولو صدّق البائع الشفيع لم تثبت،

لأنّهما متعارضتان[١]. وزاد له في «الإيضاح[٢]» أنّ دعوى الشريك معتضدة بـأصل عدم الشفعة وأنّه ليس منكراً محضاً، والأوّل لا يناسب ما يحاول. والحكم بـبيّنة الشفيع خيرة «الحواشي[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]». وفـي «التـذكرة» أنّـه قويّ[٦]. واحتمله في «الدروس[٧]» لأنّه المدّعي في الحقيقة، لأنّ القول قول مدّعي الإرث مع اليمين فتكون البيّنة بيّنة الشفيع، ولأنّه لو ترك لترك، ولأنّه يطلب انتزاع ملك المشتري ويدّعي استحقاق ذلك والشريك ينكره، فلم يكن الحكم فيه مشكلاً محلاً للقرعة. وزاد في «جامع المقاصد[٨]» ما نبّه عليه في الدروس من أنّه ربّـما لم يكن بين البيّنتين تعارض، إذ ربّما عوّلت بيّنة الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث لعدم علمها بصدور البيع، لأنّ استنادها في ذلك إلى الاستصحاب كافٍ، وبيّنة الشراء اطّلعت على أمرٍ زائد. ووافقه على ذلك صاحب «المسالك[٩]» وهذا إنّما يتّفق حيث يكون البائع هو الموروث، إذ مع تـغايرهما لا يمكن الجمع بينهما. ولا ترجيح في «الشرائع[١٠] والتحرير[١١] والإيضاح[١٢]».

قـولـه: ﴿ولـو صدّق البائع الشفيع لم تثبت﴾ كـمـا فـي «التحرير[١٣]

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.
(٢ و١٢) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٦.
(٣) لم نعثر عليه.
(٤ و٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٠.
(٥ و٩) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨١ و٣٨٢.
(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠.
(٧) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٥.
(١٠) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.
(١١ و١٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥ و٥٨٤.

وكذا إن أقام الشفيع بيّنةً أنّه كان للبائع ولم يُقم الشريك بيّنةً بالإرث، لأنّها لم تشهد بالبيع، وإقرار البائع لا يُقبل، لأنّه إقرار على الغير، ولا تُقبل شهادته عليه.

وجامع المقاصد[1]». ومعناه أنّه ادّعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدّقه زيد وأنكر المشتري وقال: إنّي ورثته من أبي، لأنّ تصديق مَن خرج عنه الملك إلى الغير إقرار في حقّ الغير فلا يقبل، ولا يعدّ مثل ذلك شهادة، لأنّها على فعل نفسه في موطن تهمة. وقد تقدّم بيان الحال في ذلك. وقد أُطلق على مَن انتقل عنه الملك اسم البائع بمقتضى إقرار الشريك الّذي هو شفيع بزعمه.

قوله: ﴿وكذا إن أقام الشفيع بيّنةً أنّه كان للبائع ولم يُقم الشريك بيّنةً بالإرث، لأنّها لم تشهد بالبيع﴾ كما في «التحرير[2] وجامع المقاصد[3]» لأنّها لم تشهد بالبيع، فما لم يثبت البيع لم تثبت الشفعة.

قوله: ﴿وإقرار البائع لا يُقبل، لأنّه إقرار على الغير﴾ قال في «جامع المقاصد»: هذا تعليل لقوله «ولو صدّق البائع الشفيع لم تثبت» ذكره بعد تعليل المسألة الثالثة، فيكون من قبيل اللفّ والنشر الغير المرتّب. ويمكن جعله مسألة اُخرى برأسها مستأنفة، لكن يلزم التكرار، لأنّ التصديق هنا بمعنى الإقرار[4].

قوله: ﴿ولا تُقبل شهادته عليه﴾ أي لا تقبل شهادة مَن هو بائع بزعم المدّعي على الشريك لمكان التهمة، ولأنّها على فعل نفسه فإنّه إذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن واستحقاق خيار الغبن والرؤية ونحو ذلك بشروطه فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تثبت له سلطاناً على المشتري، وذلك يجرّ نفعاً، إلّا أن تقول: وتثبت أيضاً للمشتري سلطاناً بمثل ذلك، وأخذ الشفيع لا يجدي في دفع

(١ و٣ و٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٠ و٤٧١.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

وليست الشفعة من حقوق العقد فيُقبل فيها قول البائع.

ولو ادّعى الشريك الإيداع وأقاما بيّنةً قُدّمت بيّنة الشفيع لعدم التنافي بين الإيداع والابتياع.

ذلك عنه، لأنّه يرجع بالأخرة إليه، فتأمّل.

قوله: ﴿وليست الشفعة من حقوق العقد فيُقبل فيها قول البائع﴾ أي ليست الشفعة من حقوق العقد الثابتة على البائع كخيار المجلس حتّى يقبل فيها قول البائع لكونه إقراراً على نفسه أو حتّى يقبل فيها شهادته لانتفاء جرّ النفع، وإنّما الشفعة حقّ ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليست من حقوقه، كذا قال في «جامع المقاصد[1]».

[فيما لو ادّعى الشريك الإيداع]

قوله: ﴿ولو ادّعى الشريك الإيداع وأقاما بيّنةً قُدّمت بيّنة الشفيع لعدم التنافي بين الإيداع والابتياع﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «الشرائع[2] والتحرير[3]» وقضية إطلاق الكتب الثلاثة أنّ بيّنة الشفيع مقدّمة في جميع صوَر المسألة وأنّه لا تنافي في شيء منها، وهو غير تامّ كما ستسمع، وهي أربع وعشرون وإنّما استثنى منها فيها صورة واحدة ذكرت في الثلاثة بلفظ القيل إيذاناً بعدم ترجيحها كما ستسمع.

وبيان بلوغها إلى أربع وعشرين أنّهما إمّا أن تكونا مطلقتين أو مؤرّختين أو إحداهما مطلقة والأُخرى مؤرّخة، فالصوَر أربع، وعلى تقدير تاريخهما إمّا أن

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٢.

(٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

يتّحدا في وقتٍ واحد أو يتقدّم تاريخ إحداهما وهما صورتان، فصارت ستّاً، وعليها جميعاً إمّا أن تتعرّض كلّ واحدة من البيّنتين لأنّ الملك للبائع بأن تقول إنّ البائع باع ما هو ملكه أو أنّ الملك للمودع كأن تقول إنّه أودع ما هو ملكه أو لاتذكرا ذلك أو تذكره إحداهما دون الأُخرى، فالصوَر أربع، فإذا ضربت في الستّ السابقة كان المرتفع أربعاً وعشرين.

وفي «المبسوط[1] والدروس[2]» تقييد تقديم بيّنة الشفيع بما إذا كانتا مطلقتين أو كانت بيّنة الابتياع متأخّرة التاريخ أو مقيّدة بأنّ البائع باع ما هو ملكه ولم تقيّد بيّنة الإيداع. ونحوه ما في «التذكرة[3]» مع زيادة ما لو سبق تاريخ البيع، قال: لأنّه لامنافاة أيضاً لاحتمال أنّ البائع غصبه بعد البيع ثمّ ردّ إليه بلفظ الإيداع أو ردّ مطلقاً فاعتمده الشهود، أو يكون المشتري قد عجز عن الثمن فقال البائع خذه وديعةً حتّى تجد الثمن، انتهى فتأمّل. وقد يكون الدفع إلى المشتري بصورة الوديعة لخوفٍ من ظالم وغيره، وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الإيداع ولعلّ وجهه أنّ بناء الإيداع على التساهل لأن كان جائزاً ولهذا اكتفي فيه بالفعل بخلاف البيع. وقد اتّفقت هذه الكتب الثلاثة على الجزم باستثناء الصورة الّتي نسبت في الكتب الثلاثة المقدّمة إلى القيل، وهي ما أشار إليها المصنّف بقوله: «نعم لو شهدت ... إلى آخره».

وبيان المسألة وصورها: أنّه لو ادّعى الشريك في شقص على مَن هو في يده أنّه ابتاعه ليأخذه بالشفعة وادّعى مَن هو في يده أنّه وديعة من مالك، فإن لم يكن لهما بيّنة فالقول قول مدّعي الوديعة لأصالة عدم الشفعة، وإن أقام الشريك بيّنةً

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.
(٢) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧.

نعم لو شهدت البيّنة بالابتياع مطلقاً والأُخرى أنّ المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخّر، قيل: قُدّمت بيّنة الإيداع لانفرادها بالملك، ويكاتب المودع، فإن صدّق بطلت الشفعة وإلّا حكم للشفيع.

قبلت، وإن أقاما معاً بيّنةً قدّمت بيّنة الشفيع على ما في الكتاب وما وافقه، أمّا مع الإطلاق فلأنّه قد يكون أودعه ثمّ باعه، وكذا مع تقديم تاريخ بيّنة الإيداع. وقد سمعت ما في «التذكرة» من توجيه تقديم بيّنة الشفيع مع سبق تاريخ البيع. ولو اتّحد التاريخان، فإن أمكن الجمع كما إذا قالتا يوم الجمعة فذاك، وإلّا كما إذا قالتا بعد الزوال بلا فصل، فقضية إطلاق الكتاب وما وافقه تقديم بيّنة الابتياع وأنّه لاتنافي، وهو مشكل، إذ التنافي موجود، فينبغي أن يكون النظر في هذه الصورة إلى القاعدة وهو أنّه مدّعٍ فكأنّه قال تقدّم بيّنة الابتياع لعدم التنافي حيث لا تنافي وحيث يوجد التنافي فلأنّه مدّعٍ، لكنّه بعيد عن العبارة. واختار في «الدروس» في هذه الصورة القرعة[1].

ثمّ عد إلى مفردات العبارة فإنّ فيها تسامحاً حيث سمّى مدّعي الإيداع شريكاً مجازاً من حيث دعوى الشريك الآخر عليه الشركة أو من حيث اليد الدالّة في الظاهر على الملك، وتسامحاً في قوله «قدّمت بيّنة الشفيع» لأنّ تقديمها فرع التعارض، ولا تعارض لعدم التنافي، فلو قال قضي ببيّنة الشفيع كما يأتي[2] له لكان أجود، وفي تعليل التقديم بعدم التنافي مسامحة أُخرى، إذ لا ربط بينهما.

قوله: ﴿نعم لو شهدت البيّنة بالابتياع مطلقاً والأُخرى أنّ المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخّر قيل: قُدّمت بيّنة الإيداع لانفرادها

---

(١) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٢) سيأتي في ص ٧٦٩ ـ ٧٧٠.

بالملك، ويكاتب المودع، فإن صدّق بطلت الشفعة وإلّا حكم للشفيع﴾

هذا هو ما استثني أو كان في قوّة المستثنى، وقد عرفت[١] أنّ القائل بذلك الشيخ في «المبسوط» وبه جزم في «التذكرة[٢] والدروس[٣]» كما عرفت أنّ كلام الكتاب وما وافقه يؤذن بعدم ترجيح ذلك.

حجّة الشيخ[٤] أنّ بيّنة الإيداع قد انفردت عن بيّنة الابتياع بذكر الملك مع تأخّر التأريخ حيث قالت إنّه أودعه ملكه في تاريخ متأخّر عن تاريخ البيع كأن قالت بيّنة البيع إنّه باعه يوم الجمعة وسكتت وقالت بيّنة الإيداع إنّه أودعه ملكه يوم السبت فيستصحب حكم الوديعة، إذ لو تقدّم على البيع فلا منافاة، لجواز أن يودعه ملكه ثمّ يبيعه، فكانتا مؤرّختين والثانية متأخّرة، فلا يحتمل أن يكون المودع غير مملوك، ويمكن أن يكون البيع لغير المملوك فكان إطلاقه أضعف من الوديعة المقيّدة بصدورها من المالك. وحينئذٍ فيكاتب المودع، وهو مَن ادّعى صاحب اليد أنّه أودعه وشهدت بإيداعه ملكه، لأنّ اليد له بزعم المدّعى عليه وبيّنته، فإن صدّق فلا شفعة له ويكون بمنزلة ما لو شهدت إحدى البيّنتين لواحد بالملك والاُخرى بالتصرّف فإنّ الملك أقوى، وإن لم يصدّق حكم للشفيع لانتفاء حقّه بتكذيب بيّنته فتسقط فتبقى بيّنة الشفيع بغير معارض فيجب العمل بها.

لا يقال: إنّ الشراء المشهود به قد نزّل على الأعمّ من الشراء من المالك فكيف يعمل ببيّنته بعد التكذيب؟ لأنّا نقول: كان الحمل على خلاف الظاهر لوجود المعارض الّذي لا يقبل خلاف الظاهر، والمصنّف ومَن وافقه يذهبون في هذه الصورة إلى

(١) تقدّم في ص ٧٦٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧.

(٣) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٤) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

عدم التنافي، لأنّ البيّنة بإيداع الملك لا تنفي البيع، لأنّ الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد إلى العلم بالملك في زمان متقدّم وعدم العلم بالمزيل الطارئ، وعدم العلم به لا يدلّ على عدمه، فحينئذٍ بيّنة الشراء تشهد بأمرٍ زائد لا تعارضها الأُخرى فيه، فيجب الحكم به، وهو الأصحّ. فقد قام بهذا التوجيه احتمال كون المودع غير مملوك. وهو الّذي اعتمده صاحب «جامع المقاصد[1]» وصاحب «المسالك[2]».

ويمكن توجيهه ورفع التنافي مع كون المودع مملوكاً بأن يكون باعه أوّلاً ثمّ اشتراه أو اتّهبه ثمّ أودعه. ولعلّ مراد الشيخ[3] والمصنّف في «التذكرة[4]» والشهيد في «الدروس[5]» بقولهم: شهدت بأنّه أودعه ما هو ملكه أنّه أودعه ملكه الّذي لم يزل عنه كما إذا كان شرط عليه البائع يوم باعه وشريكه دفعةً أن يودعه عند مَن هو بيده لينتفع به ويتصرّف فيه وذكرت السبب، فشهادة بيّنة البيع كانت مستندة إلى اليد والتصرّف لأنّ المستودع لا يتصرّف كما أشار إليه في «التذكرة» بقوله «وحيث ينتفي الاحتمال» إذ لا ينتفي الاحتمال إلّا أن يكون المراد ما قلناه، وحينئذٍ يرتفع النزاع في المسألة. ويبقى الكلام في تصديق المودع فإنّه على ما قلناه لا عبرة به، فلا يتمّ التنزيل كما لا يتمّ ما في التذكرة.

وليعلم أنّ ما حكي في الكتاب عن الشيخ قد حكي بعينه في «الشرائع[6] والتحرير[7]» وبه عبّر في «الدروس[8]» مع اختلاف يسير جدّاً في آخر كلامه. وهو

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٤.
(٢) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٥.
(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧.
(٥ و٨) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.
(٦) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.
(٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

ولو شهدت بيّنة الشفيع أنّ البائع باع وهو (ما هو ـ خ ل) ملكه وبيّنة الإيداع مطلقاً قُضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها.

معنى ما في «المبسوط[1]» قال: قدّمت بيّنة الإيداع، لأنّها انفردت بالملك وأُسقطت بيّنة الشراء وأُقرّ الشقص في يد المدّعى عليه وكتب إلى عمرو فسأل عمّا ذكر هذا الحاضر، فإن قال صدّق الشقص وديعةً سقطت الشفعة، وإن قال عمرو ما أودعته ولا حقّ لي فيه قضي للمدّعي ببيّنة الشراء وسلّم الشقص إليه، انتهى.

ومعنى تقديم بيّنة الإيداع في كلامه وكلام من حكى عنه ومَن وافقه أنّها تقدّم على بيّنة الابتياع تقديماً مراعى بمعنى أنّه يقرّ الشقص في يد المدّعى عليه ولا ينتزعه الشفيع. أمّا التقديم فلما تقدّم من أدلّته، وأمّا كونه موقوفاً ومراعى فلإمكان الوقوف على حقيقة الحال بسؤال عمرو، فإن صدّق استمرّ الأمر، وإن كذّب حكم للشفيع. أو يقال: لمّا كان غرض هذا إثبات الشفعة وغرض ذاك نفيها وقد حكم به كان في معنى التقديم، فمناقشة صاحب «جامع المقاصد[2]» لعلّها لم تصادف محلّها، قال: في حكاية المصنّف قول الشيخ «قدّمت بيّنة الإيداع ... إلى آخره» مناقشة، فإنّ الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتيب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها، وكان الأولى أن يقول: قيل يكاتب المودع فإن صدّق حكم ببيّنة الإيداع لأنّها أقوى، انتهى. وأنت قد عرفت أنّ المراد بالتقديم التقديم الموقوف، لأنّه يمكن الوقوف على الحقيقة فلا منافاة في الأمرين، ولو قال بما جعله أولى كان خلاف الواقع.

قوله: ﴿ولو شهدت بيّنة الشفيع أنّ البائع باع وهو ملكه وبيّنة الإيداع مطلقاً قُضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها﴾ كما صرّح

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٦.

ويطالب مدّعي الشفعة بالتحرير بأن يحدّد مكان الشقص ويذكر قدره وكمّية الثمن.

به في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» وهذه داخلة في العموم السابق بتقديم بيّنة الشفيع كما تقدّم بيانه، وإنّما خصّها بالذِكر للمقابلة بينها وبين ما قبلها في الحكم بالتقديم وفي مراسلة المدّعى كونه مودعاً وعدمه لأنّها عكسها. وفي «جامع المقاصد[٨]» أنّه غير محتاج إلى التعرّض إليها مع إيهام غير المراد، وهو أنّها مستثناة كالّتي قبلها، وأنت قد عرفت الوجه وهذا الإيهام لا تكاد تتناوله يد الأوهام، ولم تعتبر المراسلة هنا لانتفاء فائدتها، فإنّه لو صدّق بيّنته لم يلتفت إلى قوله لترجيح بيّنة الابتياع من حيث عدم المنافاة.

وقد اتّفقت عباراتهم هنا على التعبير بـ«قضي» ببيّنة الشفيع وهناك على التعبير بـ«قدّمت» ويمكن بيان وجه ذلك.

[في أنّ طالب الشفعة يطالب بالتحرير]

قوله: ﴿ويطالب مدّعي الشفعة بالتحرير بأن يحدّد مكان الشقص ويذكر قدره وكمّية الثمن﴾ ونحوه ما في «التذكرة[٩]» من أنّه إذا ادّعى أنّه اشترى شقصاً في شركته وأنّه يستحقّ عليه الشفعة فإنّه يحتاج إلى تحرير دعواه

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٠.

(٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.

(٣ و٩) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٩.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٦.

(٥) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٦ و٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٥.

(٧) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٥.

فيحدّد المبيع الّذي يدّعي فيه الشفعة ويذكر ثمنه، فإذا فعل ذلك سئل المدّعى عليه. وقال في «التحرير[1]»: لو ادّعى تأخير شراء شريكه عنه طلب منه تحرير الدعوى بتعيين المكان الّذي فيه الشفعة وقدر الشقص والثمن ومدّعى الشفعة فيه. وقال في «الدروس[2]»: وليحرّر الدعوى بتعيين الشقص وحدوده وقدر الثمن. وحكى الشهيد[3] عن إملاء المصنّف أنّه لا يراد بالتحديد التحديد المعروف بل يذكر ما يميّزه عن غيره.

وقال في «جامع المقاصد»: لابدّ من مطالبة مدّعي الشفعة بتحرير الدعوى فإنّ الدعوى الغير المحرّرة لا تسمع. وتحريرها بأن يحدّد مكان الشقص أي يذكر ما يميّزه عن غيره سواء كان بذكر حدوده أم لا، فليس المراد بتحديده ذِكر الحدود، لأنّ شهرته باسمٍ أو صفةٍ قد تكون أظهر في تمييزه من أن يحتاج إلى التحديد. وإنّما قال «يحدّد مكان الشقص» لأنّ الشقص شائع فلا يمكن تحديده إلّا بتحديد المجموع. وإنّما اشترط التميّز لأنّ الدعوى بالشيء الغائب عن مجلس الحكم لابدّ من تميّزه من غيره وإلّا لم تسمع الدعوى لتعذّر الحكم. ولابدّ من أن يذكر قدر الشقص، لأنّ ذلك من جملة التميّز. ولابدّ من ذكر كمّية الثمن لتعذّر الشفعة من دون معرفة الثمن، انتهى[4].

ونحن نقول: المراد بتحرير الدعوى أن تكون مسموعة بأن تكون صحيحة لازمة كما صرّحوا به في باب القضاء وأخرجوا من ذلك ما لو ادّعى الشفعة على الجار أو مع تكثّر الشركاء أو أنّه وهبه ولم يقبضه فإنّها لم تسمع، فيكفي في تحرير دعوى الشفعة أن يقول: إنّ هذا قد اشترى شقصاً أو نصفاً من الدار المعلومة عندنا المشتركة بيني وبين أخيه بمائة درهم، فيقول المدّعى عليه: لم أشتره وإنّما اتّهبته

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.
(٢) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٥.
(٣) لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتبه.
(٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٦.

فإن قال الخصم: اشتريته لفلان سئل، فإن صدّق ثبتت الشفعة عليه،

مثلاً أو أورثته من أخي أو أودعنيه أو أعارنيه أو أسقط الشفعة ببعض مسقطاتها أو نحو ذلك. ولا يشترط أكثر من ذلك ككونه في المكان الفلاني أو كـونه مشـهوراً باسمٍ أو صفةٍ ومعرفة مقدار الشقص. ولذلك لم يذكره الأكثر. نعم لو قال: بـثمنٍ لم تعلمه أو شقصاً من دار من دور مشتركة لم تعلمها لم تسمع وإن استخرج هـذا الشقص بالقرعة وما نحن فيه ليس من الدعوى بالشيء الغائب الّذي لابـدّ مـن تميّزه عن غيره، وإنّما هو دعوى شفعة وحقّ تعلّق بشيء غائب كما إذا ادّعى عليه أنّه حجر أرضاً وغلبه هذا عليها فأخذها وأحياها وإن كان يـؤول بـعد الأخـذ بالشفعة إلى الدعوى بالشيء الغائب ثمّ إنّ المشهور بين المتأخّرين سماع الدعوى بالشيء المجهول كالثوب والفرس والشيء والمال، فإطلاق كلامهم غير جيّد وإن كان من المعلوم أنّ الثمن والشقص إذا كانا هنا مجهولَين فلا شفعة. ثمّ إنّ طالب الشفعة ومدّعيها قد يكون نزاعه في أُمور أُخر لا تعلّق لها بقدر الشقص ومكـانه ولابكمّية الثمن كما إذا كان الثمن قيميّاً وادّعى المشتري سقوط الشفعة به، إلى غير ذلك ممّا وقع فيه النزاع من متعلّقات الشفعة. فليلحظ ذلك.

[فيما لو قال المشتري: اشتريته لفلان أو هو ملكي]

قوله: ﴿فإن قال الخصم: اشتريته لفلان سئل، فإن صدّق ثـبتت الشفعة عليه﴾ كما فـي «التحرير[1] والتذكرة[2] والـدروس[3] وجـامـع المقاصد[4]»

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٠.

(٣) الدروس الشرعية: في موارد بطلان الشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٤٧٧.

وإن قال: هو ملكي لم أشتره انتقلت الحكومة إليه، وإن كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال،

والوجه في ذلك ظاهر، وقال في الأخير: إنّ المسألة من شبه ما إذا ادّعى الشريك بالشفعة على مَن بيده الشقص فتارةً أجاب بكونه وارثاً وتارةً بكونه مستودعاً، وهنا أجاب بكونه اشتراه لغيره، فأراد بالخصم مَن بيده الشقص، فسمّاه في المسائل السابقة شريكاً. ثمّ المنسوب إليه الشراء لا يخلو إمّا أن يكون مولّى عليه بالنسبة إلى المشتري أو بالغاً عاقلاً، والثاني إمّا أن يكون حاضراً أو غائباً، وحكم الحاضر كما ذكر هنا أنّه يسأل لإمكان مراجعته بغير امتداد زمان وحصول ضرر، فلا يتسلّط على ملكه بدون ذلك، فإن صدّق ثبتت عليه الشفعة ولا بحث، ويأتي بيان الحال في الغائب.

قوله: ﴿وإن قال: هو ملكي لم أشتره انتقلت الحكومة إليه﴾ كما في «التحرير[١] والدروس[٢] وجامع المقاصد[٣]» لأنّ يد الأوّل فرع يده وإقرار الأوّل لا ينفذ عليه، لأنّه إقرار على الغير، فحينئذٍ يسعى الشريك في الإثبات إن أمكنه. ولم يذكره في التذكرة.

قوله: ﴿وإن كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال﴾ أقربه الحكم بالشفعة كما في «الإيضاح[٤] وجامع المقاصد[٥]» وبه جزم في «التذكرة[٦] والتحرير[٧] والدروس[٨]» لاعترافه بالشراء الموجب للشفعة، وقد اندفع إقراره به

(١ و٧) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.

(٢ و٨) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٣ و٥) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٧.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٠.

وإن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب، ويكون على حجّته إذا قدم.

للغير بتكذيبه، ولو يقرّبه قبل ذلك لغير هذا الغير، وبالجملة قد ثبت مطلق البيع. وجعل وجه الوجه الآخر في «الإيضاح وجامع المقاصد» أنّه نفى الملك عن نفسه، وجعله الشهيد أنّه نفى جميع البيوع المنسوبة إلى غير فلان وهو منكر، فلا يحكم عليه ولذلك لم يرجّح كالمصنّف.

وعلى الحكم بالشفعة يبقى الثمن في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المقرّ له أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدّعيه المقرّ الّذي هو الخصم كما في «الحواشي[1]» قلت: إبقاؤه في يد الشفيع إذا كان معيّناً لا وجه له أصلاً، لأنّ له مالكاً، فلابدّ أن يبقى في يد الحاكم، لأنّه وليّه، وكذا إن كان غير معيّن على الأشبه، ولا معنى للتفرقة، ودفعه إلى الخصم إذا ادّعاه خلاف ما هو الأشهر في باب الإقرار وإن خيّر بينه وبين القاضي المصنّف في الإقرار. وجزم في «الإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]» بدفعه إلى الحاكم. قلت: لأنّه وليّ الغائب والمتولّي لحفظ المال الضائع والمجهول المالك، وهذا في حكمها، لكنّه في إقرار «الكتاب والتذكرة» خيّر في مثله بين تركه في يد المقرّ أو القاضي، وهذا غير ما تقدّم لنا فيما إذا ادّعى أنّه باع نصيبه على أجنبيّ.

[فيما لو ادّعى المشترى الشراء لغائب]

قوله: ﴿وإن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب، ويكون على حجّته إذا قدم﴾ كما في «التذكرة[4]

---

(١) لم نعثر عليه. (٢) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٧.
(٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠١.

وإن قال: اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة لأنّه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه،

والتحرير[١] والدروس[٢] وجامع المقاصد[٣]» وقد وجّهه في «التذكرة» بأنّ في التأخير إسقاط الشفعة، إذ كلّ مشترٍ يلتجئ إلى دعوى الشراء للغائب وبأنّ الغائب إمّا مصدّق أو مكذّب، وعلى التقديرين يستحقّ الشفيع الشفعة إمّا عليه أو على الحاضر. وزاد في «جامع المقاصد» أنّ الانتظار إلى أن يراسل الغائب فيه تأخير لحقّه المقتضي للضرر بخلاف الحاضر. واحتمل في «التحرير» عدم الأخذ إلى أن يحضر الغائب. ومعنى كون الغائب على حجّته أنّه لا يحكم عليه بالشفعة بحيث لاتسمع حجّته بعد ذلك، بل نقول: إمّا أن يكون مصدّقاً فلا بحث، أو يقول هو ملكي لم أشتره فالخصومة معه، أو يكذّب فالحكم ما سبق.

[فيما لو ادّعى المشتري الشراء للطفل]

قوله: ﴿وإن قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة، لأنّه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه﴾ ثبوت الشفعة خيرة «التذكرة[٤] والحواشي[٥] والدروس[٦] وجامع المقاصد[٧]» مستنداً في «التذكرة والتحرير» إلى التعليل المذكور. وهو للشافعية. ونقضه في «الحواشي والدروس» بالوكيل. وقال فيهما: الأولى الاعتماد على صحّة إخبار المسلم ولأنّه يقبل إقراره بدّين على المولّى عليه كما نصّ عليه في قوله تعالى: ﴿فليملل وليّه بالعدل﴾[٨].

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.
(٢ و٦) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.
(٣ و٧) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠١.
(٥) لم نعثر عليه.
(٨) البقرة: ٢٨٢.

والعدم لثبوت الملك للطفل. والشفعة إيجاب حقّ في مال الصغير بإقرار وليّه، وإن اعترف ـ بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل ـ بالشراء لم تثبت الشفعة.

وقال في «جامع المقاصد[1]»: لو صحّ هذا التعليل لوجب أن يملك الإقرار بالشفعة بعد إقراره بكون الملك للطفل. ويأتي التصريح بخلافه إن شاء الله تعالى. قلت: لعلّ الغرض من التعليل أنّه له التصرّف في أمواله بالأقوال والأفعال وهو كسائر تصرّفاته، لأنّه إمّا أبوه أو بمنزلة أبيه.

وليعلم أنّ الضمير في «فيه» في العبارة راجع إلى الشراء كما هو ظاهر كلام الشافعية الّذين هم الأصل في ذلك، ويحتمل أن يرجع إلى الملك المفهوم من المقام.

قوله: ﴿والعدم لثبوت الملك للطفل. والشفعة إيجاب حقّ في مال الصغير بإقرار وليّه﴾ قال في «التحرير[2]»: إنّه أقرب. وحاصل التعليل أنّه إقرار على الصغير فلا ينفذ. وردّه في «جامع المقاصد[3]» بأنّا لا نسلّم أنّه إقرار على الطفل بل هو إقرار على ما في يده فإنّه أقرّ بالشراء وبكونه للطفل حين كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكاً فإمّا أن يسمع واحد من الأمرين أو يسمعا معاً. قال: وما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم في الغائب لا وجه له أصلاً، انتهى. ولا تغفل عمّا في التحرير. والوجه في الفرق أنّ الصبيّ لا يفرض فيه أنّه إمّا مصدّق أو مكذّب، فالمدار فيه على الوليّ، ولا كذلك الغائب.

قوله: ﴿وإن اعترف ـ بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل ـ بالشراء لم تثبت الشفعة﴾ أي لو اعترف المدّعى عليه بالشفعة بالشراء ـ فهو

(١ و٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٩.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٣.

ولو ادّعى الحاضر من الشريكين على مَن في يده حصّة الغائب الشراء من الغائب فصدّقه احتمل ثبوت الشفعة، لأنّه إقرار من ذي اليد، وعدمه لأنّه إقرار على الغير،

في العبارة صلة اعترف ـ بعد إقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل بأن قال هذا ليس ملكاً لي بل ملك لفلان الغائب أو لمحجوري فلان وقد اشتريته له لم تثبت الشفعة، لأنّ إقراره بالشراء له بعد إقراره بالملك له إقرار في حقّ الغير بخلاف ما إذا أقرّ بالشراء ابتداءً، لأنّ الملك ثبت لهما بذلك الإقرار، فيثبت جميعه، كما ذكر ذلك في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» وهو الّذي فرض المسألة فيه في «الدروس[3]» لأنّه فرضها أيضاً فيما إذا قال اشتريته للطفل. ولقائل أن يقول: لافارق بين الأمرين بالنسبة إلى وليّ الطفل. وفرض المسألة بنحو هذه العبارة في «التحرير[4]» فيما إذا قال اشتريته لنفسي، وهو الّذي فهمه الشهيد في «حواشيه[5]» من عبارة الكتاب، قال: لأنّه نفى الملك بإقراره أوّلاً فلا يعود إليه باعترافه بالشراء إلّا أن يقيم الشفيع بيّنةً بأنّ شراءه سابق فتقبل. ولو أقام المدّعي البيّنة لم تقبل، لأنّها فرع الدعوى، وهي غير مقبولة، انتهى فتأمّل.

[فيما لو ادّعى أحد الشركاء شراء حصّة الغائب]

قوله: ﴿ولو ادّعى الحاضر من الشريكين على مَن في يده حصّة

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٢.
(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٧٩.
(٣) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٤.
(٥) لم نعثر عليه.

فإن قدم الغائب وأنكر البيع قُدّم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالأجرة مَن شاء منهما، ولا يرجع أحدهما على الآخر.

الغائب الشراء من الغائب فصدّقه احتمل ثبوت الشفعة، لأنّه إقرار من ذي اليد، وعدمه لأنّه إقرار على الغير» قد ذكر الاحتمالان في «التذكرة[1] والدروس[2]» من دون ترجيح. وفي «التحرير[3]» أنّ الأوّل أقوى لما ذكر. وضعّفه في «جامع المقاصد» بأنّ إقرار ذي اليد مسموع حيث لا يكون إقراراً في حقّ الغير، وذلك إذا لم يعلم كون الملك للغير، أمّا إذا علم فهو إقرار على الغير لامحالة. وقال: لكنّه يشكل بشيء وهو أنّ مَن بيده مال للغير مصدّق في دعوى الوكالة بغير خلاف ويجوز الشراء منه والتصرّف تعويلاً على قوله، وكذا لو ادّعى الشراء من المالك يسمع. ثمّ قال: والّذي يخطر بالبال أنّه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدّعي كما هو المتبادر من الدعوى فهو مشكل والظاهر العدم، لأنّ مجرّد دعوى الشراء ممّن بيده مال لا يقتضي الثبوت شرعاً، فليس المراد بجواز الشراء منه لو ادّعى الوكالة الحكم بالوكالة، وإن كان المراد جواز أخذ المدّعي ذلك بدعوى مَن بيده المال الشراء فليس ببعيد كما يجوز الشراء منه والاتّهاب ونحوهما من التصرّفات، ثمّ يكون الغائب على حجّته[4].

قوله: «فإن قدم الغائب وأنكر البيع قُدّم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالأجرة مَن شاء منهما، ولا يرجع أحدهما على

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠.

(٢) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٤.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٠.

الآخر﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[1] والدروس[2]» أمّا التخيير فظاهر كتقديم قوله بيمينه، وأمّا أنّه لا يرجع أحدهما على الآخر فلأنّ مدّعي الشراء يعترف بأنّ المنافع حقّ الآخذ بالشفعة وأنّ المطالبة ظلم كما أنّ الآخذ بالشفعة بسبب دعواه عليه الشراء والشفعة قد صدّقه في كون الغائب ظالماً بالمطالبة بعوض المنافع. والحاصل: أنّ المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع. نعم لو غرّ مدّعي الشراء الآخذ من أوّل الأمر بدعواه الشراء ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على أصحّ القولين من أنّ المغرور يرجع بما اغترمه ممّا حصل له في مقابله نفع. وهذا فيما فات من المنافع في يد الآخذ بالشفعة، أمّا مافات منها في يد مدّعي الشراء فإنّما يطالب به هو لا الآخذ بالشفعة.

وليعلم أنّه في «الدروس» بعد أن ذكر مثل ما في الكتاب قال: وكذا لو باع ذو اليد مدّعياً للوكالة وصدّقه الشفيع، لكن هنا لا يرجع الشفيع على الوكيل لو رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل، والفرق استقرار التلف في يد الشفيع. ولو أخذ الشفيع اعتماداً على دعوى الوكيل رجع عليه لأنّه غرّه، انتهى. وفيه نظر ظاهر، لأنّ مدّعي الوكالة يعترف بأنّ المنافع حقّ الآخذ بالشفعة وأنّ مطالبته بها ظلم فكيف يرجع الوكيل عليه لو رجع عليه؟ والمظلوم إنّما يطالب ظالمه، فكانت كمسألتنا الّتي نحن فيها، وقد جزم فيها كما عرفت بعدم رجوع أحدهما على الآخر ولم يلتفت إلى التلف، لأنّ المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع.

ومثل ما في الدروس ما في «المبسوط[3] والتحرير[4]» من أنّ الوكيل يرجع

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠.

(٢) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٦.

(٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٤٦.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٤.

ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البيّنة، وفي القضاء له باليد إشكال.

على الشفيع، والّذي استقرّ عليه رأيه بعد ذلك في «المبسوط» واختاره في «الشرائع[١]» أنّ الشفيع يرجع على الوكيل، لأنّه غرّه وأنّ الوكيل لا يرجع على الشفيع. وإليه أشار بقوله في «الدروس[٢]»: ولو أخذ الشفيع اعتماداً على دعوى للوكيل رجع عليه لأنّه غرّه، انتهى، لأنّه لابدّ من أن يكون مرادهما أنّه غرّه ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه.

[فيما لو أنكر المشتري ملكية الشفيع]

قوله: ﴿ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البيّنة﴾ أي افتقر مدّعي الشفعة إلى البيّنة على دعواه إن لم يكن صاحب يد قطعاً كما في «جامع المقاصد[٣]».

قوله: ﴿وفي القضاء له باليد إشكال﴾ يريد أنّه هل يقضى للشفيع باليد لو كان صاحب يد أم لا؟ ولم يرجّح المصنّف هنا ولا ولده في «الإيضاح[٤]» وجزم في «التحرير[٥]» بأنّه لا يكتفي باليد وأنّه يفتقر إلى البيّنة، وجزم في «التذكرة[٦]» بأنّه يقضى له بها. وفي «الدروس[٧]» أنّه الأولى. وفي «جامع المقاصد[٨]» أنّه الأصحّ،

---

(١) شرائع الإسلام: في لواحق الأخذ بالشفعة ج ٣ ص ٢٦٥.
(٢ و٧) الدروس الشرعية: في فورية حقّ المطالبة بالشفعة ج ٣ ص ٣٦٧ و٣٦٥.
(٣ و٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨١ و٤٨٢.
(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٨.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٤.
(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠.

فلو قُضي له بالنصف الّذي ادّعاه في يده مع مدّعي الكلّ باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدّعي الكلّ إلّا بالبينة إن لم نقض باليد.

وحكاه في «الحواشي[1]» عن ابن المتوّج.

ومنشأ الإشكال وعدم الترجيح من أنّ دلالتها ـ أي اليد ـ على الملك ضعيفة، لأنّ دلالتها بحسب الظاهر، فتفيد أنّه لا ينتزع الملك منه بمجرّد الدعوى وأنّه لايحتاج إلى البيّنة، وأمّا أنّه يستحقّ انتزاع ملك الغير الّذي هو على خلاف الأصل فيتوقّف على قاطع، لأنّ لها هنا معارضاً وهو حقّ المشتري، وهو حجّة التحرير، ومن أنّها دالّة على الملك شرعاً، وهو سبب ثبوت الشفعة، وما يضعه الشارع دليلاً على الملك يقتضي ثبوته، فيترتّب عليه جميع توابع الملك ومن جملتها الشفعة، وكونها إنّما تدلّ على الملك ظاهراً غير قادح، لأنّ الأحكام الشرعية كلّها جارية على الظاهر. وهكذا الحال في البيّنة وغيرها من أسباب الملك. وحقّ المشتري غير معارض، لأنّ الشريك متى ثبت ملكه شرعاً كان حقّه مقدّماً بالنصّ والإجماع. وهذا حجّة «التذكرة» وما وافقها.

وهل للمشتري إحلافه؟ قال في «جامع المقاصد[2]»: نعم، أمّا إذا ادّعى المشتري أنّ ما بيد الشفيع ملك له فظاهر، وأمّا إذا لم يدّع الملك لنفسه وإنّما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلإجرائه مجرى المدّعي.

قوله: «فلو قُضي له بالنصف الّذي ادّعاه في يده مع مدّعي الكلّ باليمين لم يكن لـه الشفعة لو بـاع مدّعي الكلّ إلّا بالبينة إن لم نقض

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٢.

ولو ادّعى كلٌّ منهما (من الشريكين ـ خ ل) السبق في الشراء سُمع من المدّعي أوّلاً، فإن لم تكن بيّنة حلّفنا المنكر، فإن نكل حلّفنا المدّعي وقُضي له ولم تسمع دعوى الآخر، لأنّ خصمه قد استحقّ ملكه.

باليد﴾ العبارة لا تخلو عن حزازة، ومعناها كما صرّح به في «التذكرة[1]» أنّه لو ادّعى أحد المتشبّثين الجميع والآخر النصف وقضي له بالنصف باليمين وقضي لصاحب الكلّ بالنصف لعدم المزاحمة فيه ثمّ باع مدّعي الكلّ نصفه لم يكن لمدّعي النصف شفعة إلّا مع القضاء باليد. والمصنّف جعلها متعلّقة بالمسألة السابقة، فيكون المشتري الّذي أنكر ملكية الشفيع في الأُولى ادّعى أنّ الكلّ له والشفيع صاحب اليد ادّعى أنّ النصف له، فقال: لو قضي له ... إلى آخره، وأنت قد عرفت أنّ اليد تقضي بالملك والشفعة.

[فيما لو ادّعى كلّ من الشريكين السبق في الشراء]

قوله: ﴿ولو ادّعى كلٌّ منهما السبق في الشراء سُمع من المدّعي أوّلاً، فإن لم تكن بيّنة حلّفنا المنكر، فإن نكل حلّفنا المدّعي وقُضي له، ولم تسمع دعوى الآخر، لأنّ خصمه قد استحقّ ملكه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[2] والمهذّب[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6]»

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠ و٣٠٢.

(٢) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

(٣) المهذّب: في الشفعة ج ١ ص ٤٥٦.

(٥) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٥.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٢.

قال في «المبسوط»: فإن قال كلّ واحدٍ منهما ملكي سابق وأنت ملكت بعدي فلي الشفعة، فلا يخلو من ثلاثة أحوال، إمّا أن لايكون هناك بيّنة، أو يكون مع أحدهما بيّنة، أو مع كلّ واحدٍ منهما بيّنة، فإن لم يكن مع واحدٍ منهما بيّنة فكلّ واحدٍ منهما مدّعٍ ومدّعى عليه، فإذا سبق أحدهما بالدعوى على صاحبه قلنا له أجب عن الدعوى، فإن أجاب فقال لا يستحقّ عليّ الشفعة فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل ولم يحلف رددنا اليمين على المدّعي، فإذا حلف قضينا له بالشفعة وسقطت دعوى صاحبه، لأنّه لم يبق له ملك وإن حلف سقطت دعوى صاحبه ويقال له لك الدعوى بعد هذا، فإذا ادّعى بعد هذا على صاحبه نظرت، فإن نكل حلف هو وسقطت دعوى صاحبه واستحقّ الشفعة، وإن لم ينكل لكنّه حلف سقطت الدعوى وكانت الدار بينهما على ما كانت، انتهى. ونحوه ما فيما ذكر بعده. ولكن قد تقدّم للمصنّف [1] أنّه لو ادّعى كلّ منهما السبق تحالفا مع عدم البيّنة، وقد حكينا ذلك عن «الشرائع [2] والإرشاد [3] واللمعة [4] وجامع المقاصد [5] والمسالك [6] والروضة [7] ومجمع البرهان [8]» وظاهر هذه الكتب المذكورة سماع الدعويين معاً وثبوت اليمين لكلٍّ منهما على صاحبه، وهو منافٍ لما هنا.

وأجاب عنه في «جامع المقاصد [9]» ـ بعد أن حرّر أنّ الدعويين لا تسمعان معاً

---

(١) تقدّم في آخر ص ٤٢١.

(٢) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.

(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٣٨٧.

(٤) اللمعة الدمشقية: في الشفعة ص ١٧٠.

(٥ و٩) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨ و٤٨٣.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٠.

(٧) الروضة البهية: في الشفعة ج ٤ ص ٤١٧.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الشفعة ج ٩ ص ٤٤.

وأحاله على باب القضاء، قال: بل إن سبق أحدهما سمع منه، وإن ابتدءا معاً سمع ممّن هو على يمين صاحبه أو بالقرعة ـ بأنّ المراد من قولهم هناك تحالفا أنّ الحاكم يسمع الدعوى من أحدهما على حسب ما تقتضيه الحال من سبق وغيره ككونه عن يمين صاحبه أو بالقرعة، فإذا حلف المدّعى عليه سمعت دعواه على المدّعي، فإذا أنكر وحلف تحقّق تحالفهما، فهذا هو المراد لا التحالف المذكور في البيع والجعالة والإجارة وغيرها، لأنّ المتنازع فيه هناك شيءٌ واحد، وهو الثمن والأُجرة، وكلّ منهما مدّعٍ ومدّعى عليه فيه، بخلاف ما هنا فإنّ المتنازع فيه شفعة أحدهما على الآخر وشفعة الآخر عليه، وهما شيئان مستقلّان، فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعهما دفعة، بل لابدّ من تقديم مَن يجب تقديمه. ثمّ قال: فإن قلت: إنّهما إذا أقاما بيّنةً تساقطتا أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان واعتبرت البيّنتان؟ قلت: المراد فيما سبق أنّه إذا ادّعى أحدهما أو كلّ منهما السبق وسمعنا دعوى كلّ واحدٍ منهما فأقام بيّنةً بالسبق أقام الآخر وهو المدّعى عليه بيّنةً أُخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى مستأنفة وقبل صدور الحكم والقضاء بالشفعة للمدّعي، فإنّ البيّنة من المدّعى عليه مسموعة هنا، لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ سلطنة على ملك الآخر فله أن يدفعها عن نفسه، كما سمعت بيّنة المشتري إذا اختلف هو والشفيع في الثمن مع أنّ الشفيع هو المدّعي، وكما تسمع بيّنة البائع إذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين، انتهى كلامه.

وهو غير ملتئم الأطراف، لأنّه حرّر أوّلاً أنّ الدعويين لا تسمعان في شيءٍ واحد أو شيئين كما هو قضية إطلاقه، ورتّب على ذلك أنّ قولهم بالتحالف هنالك أنّ مَن سبق بدعوى السبق تسمع دعواه حتّى ينتهي حلف المنكر ثمّ يدّعي المنكر، ثمّ قال: إنّه غير التحالف في البيع والإجارة والجعالة، لأنّ المدّعى فيه في الثلاثة ونحوها شيءٌ واحد بخلاف ما هنا فإنّه شفعتان، وقضية ذلك أنّ الدعويين تسمعان

في الشيء الواحد، وقد نفى ذلك أوّلاً بإطلاقه، على أنّ ما نحن فيه قد نقول إنّه يؤول إلى دعوى واحدة وشيء واحد وهو السبق، ولو لحظنا في البيع ونحوه ممّا قالوا فيه بالتحالف كما إذا تداعيا عيناً في يدهما ما لحظه فيما نحن فيه من أنّهما شفعتان لقلنا إنّهما في البيع والعين دعويان أيضاً. سلّمنا خفاء ذلك في البيع لكن وضوحه في العين لا يكاد ينكر، هذا يقول: النصف الّذي في يدك لي، وذاك يقول: بل النصف الّذي في يدك لي، كما هو الشأن في الشفعة، لأنّ مآلها إلى أنّ كلاً منهما يدّعي النصف الّذي في يد صاحبه. وقد احتجّوا على تحالفهما في العين بأنّ كلاً منهما مدّعٍ ومنكر، فيحلف كلّ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر، ويتخيّر القاضي فيبدأ بتحليف مَن يراه أو يقرع بينهما كما ستسمع، على أنّه في «جامع المقاصد» علّل تحالفهما في باب البيع باختلافهما في المبيع كما إذا قال بعتك العبد بمائة فقال بل الجارية بمائة أو الثمن المقتضي لتعدّد الدعوى، انتهى. وقد فرّق هنا بين الشفعة والبيع بأنّ الدعوى في الشفعة ليست واحدة كالبيع، ثمّ إنّه ما زاد فيما اعترضه على نفسه، على أنّ البيّنة تسمع من المدّعى عليه ولم ينف سماع الدعويين كما ذكر في السؤال، بل صرّح في أوّل كلامه بسماع الدعويين، ثمّ قال: إنّا نسمع بيّنة المدّعى عليه من دون إنشاء دعوى مستأنفة، فيكون مراده أنّه ليس هناك دعويان وإنّما هي دعوى واحدة سمعنا فيها بيّنة المنكر، فتأمّل.

ونحن نقول: الّذي حرّرناه في باب القضاء [1] في التحالف هو ما حرّره أوّلاً من أنّ الحاكم يبدأ بأحدهما على حسب ما يقتضيه الحال من سبقٍ وغيره ... إلى آخر ما ذكره، لكنّا لم نفرّق بين البيع وغيره سواء انحلّت إلى دعويين كما ادّعاه هنا أم لا، لكن ظاهر كلام الأكثر [2] أنّه لا يحتاج إلى ذلك ـ أي إلى أنّ الحاكم يسمع من

---

(١) يأتي في ج ١٠ ص ٣٢ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٢) كما في الشرائع: القضاء في الاختلاف في دعوى الأملاك ج ٤ ص ٨٩٦، ومسالك الأفهام: ←

أحدهما ـ حتّى تنتهي دعواه، ثمّ يسمع من الآخر على التفصيل المذكور. وهو قضية كلام المصنّف في «التحرير[1]» وغيره[2] حيث تعرّضوا للبداءة باليمين فيما إذا تنازعا عيناً في يدهما. قال في «التحرير»: إنّ الخيرة للقاضي فيبدأ بمن يراه أو مَن تخرجه القرعة. وجزم في «مجمع البرهان[3]» بأنّه لابدّ منها أي القرعة للاحتياط.

والّذي يخطر في البال الآن هو ما أشار إليه في «المهذّب[4]» من أنّهما إذا بدرا معاً بالدعوى تحالفا، وإن سبق أحدهما بها جاء ما في «المبسوط[5]». أو نقول: إنّه إذا بدر أحدهما وقدّمه القاضي فقال ملكي أسبق أو بعت بالجارية مثلاً أو العين كلّها لي، فقال للآخر أجب عن الدعوى فقال ملكي هو الأسبق واشتريت بالعبد أو العين كلّها لي تحالفا والخيرة في البداءة للقاضي كما في «التحرير[6]» وإن قال لا يستحقّ عليَّ الشفعة أو لا يستحق عليَّ الجارية أو لا يستحقّ عليَّ النصف الّذي في يدي حلف المنكر ثمّ سمع دعواه وحلف المدّعي أوّلاً. بل في كلام الشيخ[7] إشارة إلى ذلك حيث قال: فإن أجاب فقال: لا يستحقّ عليَّ الشفعة، إذ قضيّته أنّه له أن يجيب بأنّ ملكي أسبق فليلحظ ذلك. وتظهر الفائدة في البداءة باليمين في تعدّدها على المبتدي على تقدير نكول الآخر.

← القضاء في الاختلاف في دعوى الأملاك ج ١٤ ص ٧٩، والمهذّب البارع: القضاء في الاختلاف في الدعوى ج ٤ ص ٤٨٧.

(١) تحرير الأحكام: القضاء في دعوى الأملاك ج ٥ ص ١٨٣.

(٢) إرشاد الأذهان: القضاء فيما يتعلّق بالأعيان ج ٢ ص ١٤٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: القضاء فيما لو تداعيا عيناً في يديهما ج ١٢ ص ٢٢٦.

(٤) المهذّب: في الدعوى والبيّنات ج ٢ ص ٥٨٣.

(٥) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٥.

(٦) تقدّم في هذه الصفحة آنفاً.

(٧) تقدّم في ص ٧٨٣.

ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع لا بما حلف المشتري، لأنّ للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه. فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز، وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري،

[فيما لو اختلف المتبايعان في الثمن]

قوله: ﴿ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع، لا بما حلف المشتري، لأنّ للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه﴾ أي منع الآخذ بما قاله المشتري من فسخ البائع، لأنّه لا يكون حينئذٍ ليمين البائع وفسخه فائدة وإن قرئ مجهولاً صار المعنى منع البائع من الفسخ، وقد تقدّم الكلام في المسألة[1] مسبغاً مشبعاً.

قوله: ﴿فإن رضي المشتري بأخذه بما قاله البائع جاز، وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري﴾ أي رضي المشتري بالزيادة الّتي ادّعاها البائع فوق ما ادّعاه المشتري جاز ذلك وإن تحالفا كما في «الحواشي[2]» قال: لأنّ المشتري قد رضي بما قاله البائع ويأخذه الشفيع بما ادّعاه المشتري لا بما رضي به، انتهى. وهو المحكيّ عن كنز الفوائد[3]، وحاصله: أنّه لا يمنع منه كما منع في صورة ما إذا لم يرض، إذ الفائدة في يمين البائع وفسخه موجودة. ويبقى الكلام في المأخوذ منه، وقضية كلاميهما أنّه المشتري وإن انفسخ البيع بالتحالف أو فسخه البائع لمكان رضاه بالزيادة وإن لم يرجع عن قوله، ولا يحتاج إلى عقدٍ جديد

---

(١) تقدّم في ص ٧٤٢ ـ ٧٤٧.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا، فراجع.

(٣) كنزالفوائد: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٧٠٩.

فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال: كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك.

بالنسبة إلى الشفيع، لأنّ المشتري يملك الأخذ من البائع إذا شاء تسليم المبيع إلى الشفيع ويكون الدرك عليه. وأمّا أنّ الأخذ بما ادّعاه لا بما رضي به فلمؤاخذته بقوله الّذي لم يرجع عنه واعترافه بأنّ البائع ظالم. والحاصل: أنّه لا منافاة بين التحالف والأخذ من يد المشتري بما قال.

ونزّل في «الإيضاح[1]» رضا المشتري في العبارة على أنّه كان قبل تمام الحلف، ومعناه أنّه رضي بعد حلفه وقبل حلف البائع، وذلك لأنّه بعده يفسخ أو ينفسخ فلابدّ من عقدٍ آخر، فإن لم يكن كان الأخذ من البائع وبما قاله.

قلت: على ما سلف لنا من أنّ الأخذ يتقدّر بقدر الحاجة لا مانع حينئذٍ من أن يكون الأخذ من البائع وبما قال المشتري فيدفعه إليه وهو يتمّه ويدفعه إلى البائع.

قوله: ﴿فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال: كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك﴾ كما في «الإيضاح[2] والحواشي[3] وجامع المقاصد[4]» لقولهم عليهم السلام: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز[5]، وقوله ـ أي المشتري الثاني ـ إقرار في حقّ الغير أي الشفيع فلا يُسمع، بل قال في الأوّل[6]: إنّه لا يحتمل عنده غيره، لأنّه فرض عود المشتري وتصديقه البائع قبل حلف البائع، قال: فيحكم عليه باعترافه بصحّة البيع فللشفيع أخذه حينئذٍ بما حلف عليه المشتري، أي بما ادّعاه.

(١ و٢ و٦) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٨ و٢٢٩.
(٣) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
(٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٦.
(٥) مستدرك الوسائل: ب ٣ من أبواب بيع الحيوان ج ١٣ ح ٣ ص ٣٦٩.

ووجه غير الأقرب فيؤخذ بما قال ثانياً ثبوته بإقراره، ودعواه الغلط أمر ممكن وأنّه لا يدخل عليه ضرران الشفعة ونقص الثمن مع إمكان صدقه والأصل أن لا ينقل ملك الشخص عنه إلّا بقوله.

وفي «كنز الفوائد[1]» على ما حكي و«الحواشي[2]» أنّ في قول المصنّف بما حلف عليه مساهلة، لأنّه يحلف على نفي ما ادّعاه البائع لا على ما يدّعيه هو.

وأجاب في «الإيضاح[3]» عن ذلك بأنّ عنوان الموضوع ليس بشرطٍ في الحكم، لأنّه يصدّق كلّ نائمٍ مستيقظ في الجملة.

وقال الشارحان[4] على قول ابن إدريس[5] بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ: يرجّح أخذه بما قاله ثانياً، لأنّ قوله الثاني سبب ثبوت الشفعة وثبوت الفرع ينافي نفي الأصل. وقال في «جامع المقاصد[6]»: إنّه يمكن أن يقال إنّه وإن كان سبباً إلّا أنّه لا يعيّن الأخذ بالثمن الّذي رجع إليه لعدم سماع ما يكذّب إقراره. واحترز المصنّف بقوله كنت غالطاً عمّا لو أكذب نفسه فإنّه لا يسمع أصلاً. وهذه المسائل ساقطة على المعروف بين الأصحاب من عدم القول بالتحالف.

وقال في «الإيضاح[7]»: ولم يذكروا تحالف المشتري والشفيع، لأنّ الشفيع مدّعٍ لا غير والمشتري مدّعى عليه لا غير فاختصّ بالتحليف، ولأنّ البائع

---

(١) كنز الفوائد: في أحكام الشفعة ج ١ ص ٧٠٩.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٣ و٧) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٢٩.

(٤) كنزالفوائد: الشفعة ج ١ ص ٧٠٩، وإيضاح الفوائد: الشفعة ج ٢ ص ٢٢٩.

(٥) لم نعثر على قول ابن إدريس الّذي نقله الشارح من انتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ في المقام. نعم ذكر فرعاً آخر يخيّل إلى الروع أنّه المراد ولكنه غير ما نحن فيه كما يظهر بأدنى تأمّل، فراجع السرائر: ج ٢ ص ٣٩٦. نعم أشار إلى هذا الفرع وهذا الحكم في الإيضاح: ج ٢ ص ٢٢٩، وفي جامع المقاصد: ج ٦ ص ٤٨٦، إلّا أنّه لم يصرّح بقائله، فراجع.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٧.

ولو ادّعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تُقبل، فإن عفا وأعاد الشهادة لم تُقبل لأنّها ردّت للتهمة.

والمشتري مباشران للعقد والاحتمال في قولهما على السواء والشفيع أجنبيّ فتصديق المباشر أولى، ولرجوع كلّ من البائع والمشتري إلى ماله، ولو تحالف الشفيع والمشتري لم يرجع الشفيع إلى شيء فلا فائدة في تحليفه. ولو اختلفا بعد قبض الثمن وأخذ الشفيع، فإذا تحالفا أقرّت العين في يد الشفيع ويرجع البائع على المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه.

[فيما لو ادّعى المشتري على أحد وارثي الشفعة العفو]

قوله: ﴿ولو ادّعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تُقبل﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» وهو قضية كلام «المبسوط[3] والتذكرة[4] والدروس[5]» في مسألة الكثرة، لأنّ ذلك يجرّ إليه نفعاً، لأنّه يستحقّ الأخذ للجميع إذا ثبت ذلك فيصير مدّعياً. وينبغي أن يقيّدوه بما إذا لم يكن عاجزاً لعدم التهمة حينئذٍ. والضمير في «ادّعى» راجع إلى المشتري.

قوله: ﴿فإن عفا وأعاد الشهادة لم تُقبل﴾ كما في «التحرير[6] والدروس[7] وجامع المقاصد[8]» وهو قضية كلام «المبسوط[9] والتذكرة[10]» لأنّها ردّت للتهمة فيستصحب، فكان كالفاسق إذا ردّت شهادته ثمّ تاب وأعادها.

(١ و٦) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٢.
(٢ و٨) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٧.
(٣ و٩) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٣٧.
(٤ و١٠) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٥ و٣٠٦.
(٥ و٧) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٦.

ولو شهد ابتداءً بعد العفو قُبلت. ولو ادّعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة.

ولو نكل أحدهما، فإن صدّق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما،

قوله: ﴿ولو شهد ابتداءً بعد العفو قُبلت﴾ كما في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» لعدم المانع لأنّه حينئذٍ كالأجنبيّ.

قوله: ﴿ولو ادّعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة﴾ كما في «المبسوط[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6]» ووجهه واضح.

قوله: ﴿ولو نكل أحدهما، فإن صدّق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما﴾ كما في «المبسوط[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والدروس[10]» أمّا الحالف فقد استحقّها بيمينه، وأمّا الناكل فإنّه إذا صدّقه الحالف على عدم العفو كان إقراراً باستحقاقه بعض ما ثبت، فيكون قد أخذ بإقرار الحالف لا بيمين الحالف، فلا مخالفة فيه للقاعدة القائلة بأنّه لا يستحقّ أحدٌ بيمين غيره ولا يحلف أحدٌ لإثبات حقّ غيره. ولا يردّ الناكل ولا الحاكم اليمين على المشتري، لأنّه لا يستفيد بيمينه شيئاً، لأنّه إذا حلف ـ أي المشتري ـ استحقّ الآخر بيمينه الشفعة كلّها ولم ينتفع باليمين كما بيّن ذلك في «المبسوط[11] والتذكرة[12] والدروس[13]» فعلى هذا يسقط حقّه هنا عن المشتري بمجرّد نكوله. نعم إن عفا الحالف بعد يمينه

(١ و٥ و٩) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٢ و٥٩٣.

(٢ و٦) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٧ و٤٨٨.

(٣ و٧ و١١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤.

(٤ و٨ و١٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.

(١٠ و١٣) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٦ و٣٧٧.

ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره ودركه على المشتري. وإن كذّبه أحلف الناكل له، ولا يكون النكول مسقطاً، لأنّ ترك اليمين عذرٌ على إشكال،

كان للمشتري أن يحلف الآن، لأنّه يسقط الشفعة عنه كما نبّه عليه في «التذكرة[1]».

قوله: ﴿ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره﴾ كما في «التذكرة[2] (الدروس ـ خ ل) وجامع المقاصد[3]» وهذا جواب عن سؤال مقدّر تقدّم بيانه.

قوله: ﴿ودركه على المشتري﴾ كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» أي درك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتّب يده على يد المشتري وإن كان سببه اعتراف الشريك الآخر، إذ لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول وثبوت الدرك بسبب ترتّب يده على يده، فاحتمال العدم لذلك ضعيف.

قوله: ﴿وإن كذّبه أحلف الناكل له﴾ أي إن كذّب الحالف الناكل في كونه لم يعف أحلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحقّ الشفعة، لأنّ دعواه استحقاق الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري. وبه صرّح في «الدروس[6] وجامع المقاصد[7]» وهو قضية كلام «المبسوط[8]».

قوله: ﴿ولايكون النكول مسقطاً، لأنّ ترك اليمين عذرٌ على إشكال﴾ ينشأ من جوازها على الصدق وكراهتها للخطر كما في «الإيضاح[9]»

(١ و٢ و٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.

(٣ و٥ و٧) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٨.

(٦) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(٨) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤.

(٩) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٣٠.

فإن نكل قُضي للحالف بالجميع.

ونحوه ما في «الحواشي[١]» من الترغيب في تركها، ومن أنّه قادر على الأخذ بها، لأنّها جائزة، قال: ومنشأ الإشكال هل العذر ما لا يمكن معه الفعل بحيث ترتفع القدرة أو ما هو الأصلح تركه لوجود ما يتوقّع معه الضرر؟ قلت: كلاهما عذر بل قالوا: إنّه لايجب مخالفةالعادة في المشي،وإنّ عيادةالمريض وقضاءحاجة المؤمن عذر، فما ظنّك بالحلف الّذي ورد المدح والترغيب في تركه والترهيب والمذام على فعله، فلا يكون تركه إلى حين إحضار البيّنة الحاضرة في البلد إلى مجلس الحاكم يعدّ تراخياً. وبه جزم في «الدروس[٢]» وهو قضية كلام «المبسوط[٣]» أو صريحه. وفي «جامع المقاصد[٤]» أنّ فيه قوّة. ولا ترجيح في «التذكرة[٥] والإيضاح[٦]».

قوله: ﴿فإن نكل قُضي للحالف بالجميع﴾ على القول بالقضاء بالنكول، وعلى القول الآخر لابدّ من ردّ اليمين عليه فيحلف أنّه عفا. وبه صرّح هنا في «المبسوط[٧] والتذكرة[٨] وجامع المقاصد[٩]» وإن نكل قال في «المبسوط»: صرفا ولم يكن لهما حكم عندنا. وفيه تأمّل، لأنّ اليمين إذا عرضت على المدّعي فنكل سقطت دعواه.

---

(١) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا، فراجع.
(٢) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٧.
(٣ و٧) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤.
(٤ و٩) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٨٩.
(٥ و٨) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.
(٦) إيضاح الفوائد: الشفعة في التنازع ج ٢ ص ٢٣٠.

وإن شهد أجنبيّ بعفو أحدهما، فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، وإلّا أخذ الآخر الجميع

قوله: ﴿وإن شهد أجنبيّ بعفو أحدهما، فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، وإلّا أخذ الآخر الجميع﴾ كما في «المبسوط[١]» ـ على الظاهر منه، لأنّ ما حضرني من نسخه لا يخلو من غلط ـ و«التذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤]» ومعناه أنّه إن شهد أجنبيّ عن الشفعة بعفو أحدهما فلابدّ مع شهادته من اليمين، فإن حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلّها لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الآخر بالشاهد واليمين، وإن لم يعف حتّى حلف المشتري استحقّ الّذي لم يعف جميع الشفعة. وهو قضية مفهوم الشرط في العبارة ونحوها. وقال في «جامع المقاصد[٥]»: ولقائل أن يقول لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف، لأنّ الاستحقاق يرجع إلى الآخر وإن لم يكن مانعاً لم يمنع هناك. وفي «حواشي» شيخنا الشهيد[٦] تكون فائدة يمينه مع الشاهد رفع درك المشهود عليه. قلت: يجيء مثله في صورة النكول بغير فرق، انتهى. قلت: ولا فرق أيضاً بينهما بعد عفو الآخر، لأنّا إن قلنا بإعادتها أو بعدمها حينئذٍ قلنا بهما في الصورتين والظاهر أنّه لا إعادة فيهما.

هذا وقال الشهيد في «حواشيه[٧]» هذه الفروع مبنيّة على أنّ نصيب العافي لشريكه في الشفعة. وقال في «التذكرة[٨]» إنّه للمشتري، قال: فعلى هذا تسقط هذه الأحكام. قلت: المعروف الأوّل كما تقدّم في فروع القول بثبوت الشفعة مع الكثرة.

---

(١) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٦٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٣.

(٤ و٥) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩٠. (٦) لم نعثر عليه.

(٧) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٧ س ٥ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٨) تذكرة الفقهاء: كيفية الأخذ بالشفعة ج ١٢ ص ٢٨٥.

ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قُبلت.

ولو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل وقال الآخر: صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحّة. وكذا لو قال: إنّما اتّهبته، أو: ورثته، وقال الآخر: اشتريته.

[فيما لو شهد البائع بعفو الشفيع]

قوله: ﴿ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قُبلت﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2]» لانتفاء التهمة. وفي «الدروس[3]» وأحد وجهي الشافعية[4] أنّها لا تقبل لأنّه ربّما توقّع العود إلى العين لسببٍ ما. وقال في «جامع المقاصد[5]»: إنّه لا يخلو عن قوّة ولا ترجيح فيه. وفي «الحواشي[6]» ولو كانت قبل قبض الثمن لم تُقبل كما في «التذكرة[7] والتحرير[8] وجامع المقاصد[9]» بل في الأخير أنّها لا تقبل قطعاً، لأنّه يجرّ إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري فإنّه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إيّاه، ولا يخفى أنّ نحو هذا محتمل على التقدير الأوّل. وقد تقدّم[10] مثله فيما إذا ادّعى على شريكه الابتياع وحرّرنا القول في ذلك وقلنا: إنّ هناك ضابطاً يرجع إليه، فليرجع إليه.

[فيما لو شهد أحد وارثي الشفعة للمشترى ببطلان الشراء]

قوله: ﴿ولو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل وقال

(١ و٤ و٧) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٦.
(٢ و٨) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٩٣.
(٣) الدروس الشرعية: في لواحق الشفعة ج ٣ ص ٣٧٦.
(٥ و٩) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩٠.
(٦) الحاشية النجّارية: في الشفعة ص ٩٧ س ٧ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(١٠) تقدّم في ص ٧٦١ ـ ٧٦٤.

ولو ادّعى المتبايعان غصبية الثمن المعيّن لم ينفذ في حقّ الشفيع، بل في حقّهما، ولا يمين عليه إلّا أن يدّعى عليه العلم.

الآخر: صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحّة. وكذا لو قال: إنّما اتّهبته، أو: ورثته، وقال الآخر: اشتريته﴾ كما نصّ على الأمرين في «المبسوط[1]» وغيره[2] قالوا: لأنّه اعترف في الموضعين بأنّه لا شفعة له.

[فيما لو ادّعى المتبايعان غصبية الثمن]

قوله: ﴿ولو ادّعى المتبايعان غصبية الثمن المعيّن لم ينفذ في حقّ الشفيع، بل في حقّهما، ولا يمين عليه إلّا أن يدّعى عليه العلم﴾ أمّا عدم نفوذه في حقّ الشفيع فقد صرّح به في «المبسوط[3] والتحرير[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8]» وأمّا أنّه ينفذ في حقّهما وأنّه لا يمين عليه إلّا أن يدّعى عليه العلم فقد صرّح به فيما عدا الأوّلين. أمّا الأوّل فلاتّفاق الثلاثة على وقوع البيع وذلك يقتضي الشفعة، لأنّه محمول على الصحيح، ودعوى المتبايعين فساده لا تقبل في حقّ الشفيع استصحاباً لما ثبت له من الحقّ بالبيع، فيأخذ الشفيع من المشتري ويكون الدرك عليه. وأمّا أنّه ينفذ في حقّهما فواضح فيجب دفع ذلك الثمن المعيّن إلى المقرّ له به، ولا يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري. وأمّا أنّه لا يمين عليه إلّا إذا ادّعي عليه العلم فيحلف على نفيه، لأنّه

(١ و٣) المبسوط: في الشفعة ج ٣ ص ١٥٠ ـ ١٥١ و١٣٣.

(٢ و٧) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩١.

(٤) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٠.

(٥) شرائع الإسلام: الشفعة في التنازع ج ٣ ص ٢٦٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١١.

(٨) مسالك الأفهام: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٦.

ولو أقرّ الشفيع والمشتري خاصّةً لم تثبت الشفعة، وعلى المشتري ردّ قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص معه بزعم أنّه للبائع ويدّعي وجوب ردّ الثمن والبائع ينكرهما، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارآن فللشفيع في الثاني الشفعة.

حلف على نفي فعل الغير. ولم يتعرّض لحكم الثمن الّذي يعترف به الشفيع والواجب أن يأخذه المشتري ويدفعه إلى البائع ليأخذه معاوضة عن قيمة الشقص لزعمهما أنّه غير مستحقّ لأخذه، فإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهو مال لا يدّعيه أحد فيدفعه إلى الحاكم.

[فيما لو ادّعى الشفيع والمشتري غصبية الثمن]

قوله: ﴿ولو أقرّ الشفيع والمشتري خاصّةً لم تثبت الشفعة، وعلى المشتري ردّ قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص معه بزعم أنّه للبائع ويدّعي وجوب ردّ الثمن والبائع ينكرهما، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارآن فللشفيع في الثاني الشفعة﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» أمّا عدم ثبوت الشفعة فلاعترافه بفساد البيع. وأمّا أنّه يجب على المشتري ردّ قيمة الثمن فلاعترافه بغصبيّته، وقد سبق تعلّق حقّ البائع به ولا يقبل إقراره فيه، فلا يمكن ردّ عينه فيضمن قيمته إن كان قيميّاً ومثله إن كان مثليّاً. وأمّا وجه زعمه بأنّ الشقص للبائع فظاهر. وأمّا أنّه يدّعي على البائع وجوب ردّ الثمن إليه فلأنّه قد دفع إلى المالك عوضه فملكه أو لأنّه يريد أن يردّه إلى مالكه ليستردّ ماله لأنّه دفعه للحيلولة، وقد أشار بقوله

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١١.

(٢) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨٠.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩١.

ولو أقرّ الشفيع والبائع خاصّةً ردّ البائع الثمن على المالك، وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة.

«فيشتري الشقص منه ... إلى آخره» إلى طريق التخلّص. وكيفية البيع أن يقول إن كان هذا ملكي فقد بعته لك بكذا، ولا يضرّ التعليق، لأنّه هنا من مقوّمات العقد، لأنّه معتبر في نفس الأمر، إذ لا تمكن صحّة البيع بدونه، وذلك لأنّ المشتري يعتقد أنّه ليس ملكه والبائع يخشى لو لا هذه الكيفية أن يلزم بما تضمّنه لفظ البيع من الإقرار بالملك المقتضي لفساد العقد الأوّل، فإذا وقع العقد كذلك أبرأ كلّ منهما ذمّة الآخر ممّا له عنده.

وقال في «جامع المقاصد[1]»: وينبغي أن يقع التقاصّ إذا حصلت شرائطه، ولايضرّ كون أحد العوضين للمغصوب منه بإقرار المشتري لتعذّر الوصول إليه. وأمّا أنّ للشفيع في البيع الثاني الشفعة فلاستجماعه الشرائط.

[فيما لو ادّعى الشفيع والبائع غصبية الثمن]

قوله: ﴿ولو أقرّ الشفيع والبائع خاصّةً ردّ البائع الثمن على المالك وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة﴾ كما صرّح بذلك في «التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» أمّا ردّ الثمن على المالك فلنفوذ إقراره فيه. وأمّا أنّه ليس له مطالبة المشتري بالشقص فلأنّ إقراره لا ينفذ عليه، وأمّا أنّه لا شفعة للشفيع فلاعترافه بفساد البيع. ولو أقرّ الشفيع خاصّة بطلت شفعته ولا تنفذ في حقّ المتعاقدين.

(١ و ٤) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩١ ـ ٤٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١١.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية الأخذ بالشفعة ج ٤ ص ٥٨١.

ولو ادّعى ملكاً على اثنين فصدّقه أحدهما فباع حصّته على المصدّق، فإن كان المكذّب نفى الملك عنه فلا شفعة، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة.

[فيما لو ادّعى المشتري ملكاً على شريكين فصدّقه أحدهما]

قوله: ﴿ولو ادّعى ملكاً على اثنين فصدّقه أحدهما فباع حصّته على المصدّق، فإن كان المكذّب نفى الملك عنه فلا شفعة، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» والوجه في الحكمين ظاهر. أمّا الأوّل فلأنّه إذا نفى الملك عنه فقد نفى البيع فلا شفعة، وأمّا الثاني فلحصول المقتضي لثبوتها.

والحمد لله كما هو أهله والشكر لله والشكر على طوله، وصلّى الله على خير خلقه أجمعين محمّدٍ وآله الطاهرين المعصومين ملء الميزان ومنتهى العلم ومبلغ الرضا وزنة العرش وسعة الكرسي.

وقد تمّ كتاب الشفعة بلطف الله عزّ وجلّ وبركة آل الله صلّى الله عليهم ليلة الخميس الثامنة والعشرين من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٢٣، ويتلوه بلطف الله وبركة آل الله صلّى الله عليهم في المجلّد الّذي بعده (المقصد الثالث) في إحياء الموات، ولا قوّة إلّا بالله العليّ العظيم.

وفي هذه السنة جاء الخارجي الّذي اسمه سعود في جمادى الآخرة من نجد بما يقرب من عشرين ألف مقاتل أو أزيد فجاءتنا النذر بأنّه يريد أن يدهمنا في النجف الأشرف غفلة، فتحذّرنا منه وخرجنا جميعاً إلى سور البلد فأتانا ليلاً، فرآنا

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة في التنازع ج ١٢ ص ٣١١.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة في التنازع ج ٦ ص ٤٩٣.

على حذر قد أحطنا بالسور بالبنادق والأطواب فمضى إلى الحلّة فرآهم كذلك، ثمّ مضى إلى مشهد الحسين عليه السلام على حين غفلة نهاراً فحاصرهم حصاراً شديداً فثبتوا له خلف السور وقتل منهم وقتلوا منه ورجع خائباً، ثمّ عاث في العراق فقُتل مَن قُتل وبقينا مدّة تاركين البحث والنظر على خوفٍ منه ووجل ولا حول ولا قوّة إلّا بالله العليّ العظيم، وقد استولى على مكّة شرّفها الله تعالى والمدينة المنوّرة، وقد تعطّل الحاجّ ثلاث سنين وما ندري ما ذا يكون، ولا حول ولا قوّة إلّا بالله. (نقل من خطّ المصنّف رحمه الله).




مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهرس الموضوعات

كتاب الغصب وتوابعه